DO MESMO AUTOR

O Positivismo Jurídico e o Direito Natural, São Paulo, 1940.
Conceito e Natureza da Sociedade Política, São Paulo, 1949.
Formação Brasileira e Comunidade Lusíada, São Paulo, 1954.
Autoridade e Representação no Direito Moderno, São Paulo, 1954.
Política e Teoria do Estado, São Paulo, 1957 (Edição Saraiva)
Verfassungsrechtsentwicklung in Brasilien, Tübingen, 1958.
Perspectivas históricas e sociológicas do direito brasileiro, São Paulo, 1961.
Introdução à História do Direito Político Brasileiro, 2.ª edição 1962 (Saraiva).
O Brasil no Mundo Hispânico, São Paulo, 1962.
Legalidade e Segurança Nacional, São Paulo, 1962.
Socialismo e Corporativismo em face da Encíclica Mater et Magistra, Petrópolis, 1963.
Capitalismo, Socialismo e Comunismo, São Paulo, 1965.
Raízes históricas da crise política brasileira, Petrópolis, 1965.
Iniciação à Teoria do Estado, São Paulo, 1967 (J. Bushatsky — Editôra).
Remarques sur l'idée de Constitution et la signification sociologique du Droit Constitutionnel, Tübingen, 1967.

J. P. GALVÃO DE SOUSA

A HISTORICIDADE DO DIREITO E A ELABORAÇÃO LEGISLATIVA

SÃO PAULO
1970

UXORI DILECTISSIMÆ
ALEXANDRA.

La maduración cultural de un pueblo se realiza en un lento predominio del derecho escrito sobre la costumbre, de la unidad o la estructuración sobre el localismo tribal, del plano teórico sobre la pura adaptación al medio. Sin embargo, también en este orden la salud consiste en una tensión y equilibrio entre lo ideal y lo real, en una permanente toma de contacto con la realidad en la que no se *abstractice* el saber ni se reduzca la vida y las relaciones de los hombres a esquematismos artificiales e infecundos. Al modo como la virtud es en el hombre una tensión y armonía de sus facultades, así también la sana vida de los pueblos debe siempre apoyarse en las realidades concretas de la agrupación local o profesional y en los límites y dimensiones creados por la historia y la tradición.

Rafael Gambra

INTRODUÇÃO

INTRODUÇÃO

Elemento condicionador da vida do homem em sociedade, o direito está por isso mesmo profundamente vinculado à existência humana e, portanto, à história. Pois o homem, nas suas relações sociais e mesmo na sua formação individual, não pode deixar de receber o influxo do meio ambiente e das tradições de que é herdeiro. E sendo assim, a organização jurídica dos povos apresenta naturalmente uma nota de historicidade, tornando-se compreensível em função das condições gerais de cada época e dos demais elementos que contribuem para a gênese e o desenvolvimento das instituições sociais.

Trata-se aqui do direito no sentido da ordem jurídica, e mais especìficamente do conjunto de normas que estabelecem essa ordem, ou seja, o que os juristas modernos denominam direito objetivo. É certo que tais normas não resultam espontâneamente do meio social, espontaneidade esta que se verifica apenas numa primeira fase, predominantemente costumeira, da formação do direito. Sendo elaboradas pela mente do legislador, as normas jurídicas correspondem a uma racionalização da vida em sociedade, que pode afastar-se do processo histórico e obedecer a princípios eivados de abstracionismo. Quando tal acontece há uma ruptura entre o direito e a história, tornando-se precária a vigência das leis e surgindo, segundo expressão consagrada na França, a oposição entre o país real *(pays réel)* e o país legal *(pays légal)*.

Isto começou a dar-se especialmente depois da Revolução de 1789, quando o direito ideológico entrou a prevalecer sôbre o direito histórico.

Surgindo de uma transformação do direito consuetudinário, as primeiras leis, na generalidade dos povos, representam uma continuidade histórica, tal qual ocorre com o costume. Desde as sociedades mais antigas, as grandes codificações têm raízes na história. Eminentemente histórico é o direito romano, desde as suas manifestações primitivas até à fase áurea assinalada pela ação do pretor, mantendo-se êsse mesmo caráter na obra dos grandes jurisconsultos e na codificação justinianéia. As nações constituídas ao longo da Idade Média oferecem-nos o espetáculo de um grande respeito à tradição, sem que a uniformidade das sistematizações legislativas venha impedir as variedades resultantes da fôrça do localismo, dando origem não só a usos e costumes mas ainda a normas de direito escrito, caso êste bem expressivo no direito foraleiro, entre os povos da península ibérica.

A centralização operada na fase das monarquias absolutas, com a tendência para uma uniformização maior das normas de direito, não chegou a privar estas mesmas normas das suas raízes históricas. Fato bastante significativo, e que vem a propósito lembrar, foi o ocorrido após a anexação da Alsácia à França, exatamente quando o absolutismo chegava ao climax com Luís XIV. Pois a recomendação feita então por êste soberano, no reconhecimento de uma legítima autonomia regional, condensou-se nestas palavras cuja transcrição dispensa qualquer comentário: *il faut ne point toucher aux usages du pays d'Alsace.*

A partir do século XVIII a influência do elemento ideológico foi crescendo na política européia. A Revolução francêsa fazia-se em nome de abstrações, iniciando a era dos *slogans.* A liberdade revolucionária, suprimindo as liberdades concretas das comunidades locais e dos grupos profissionais, preparava o terreno para a massificação da sociedade e para a centralização estatal. A igualdade perante a lei, proclamada com ênfase, não impedia a formação do grande capitalismo, acentuando cada vez mais a diferença de nível de vida entre as classes sociais. E o princípio da soberania do povo, inscrito no preâmbulo das constituições, significava teòricamente a transferência do poder supremo do monarca para a coletividade enquanto, de fato, quem o passava a exercer eram pequenas minorias manipuladoras da opinião pública.

Com tudo isso a política legislativa não podia deixar de ser também alterada. As constituintes e os parlamentos tinham as

suas portas e janelas abertas para os ventos ideológicos da época. Dava-se grande crédito ao poder transformador das leis, sem levar devidamente em conta as tradições e os costumes. A pletora da lei fazia lembrar o dito de Tácito: *corruptissima re publica plurimae leges.* E o abstracionismo sobrepunha-se ao sentido da historicidade do direito.

Para isto contribuíram também as concepções racionalistas do direito natural, difundidas já no século XVII e que haveriam de provocar mais tarde a reação da escola histórica e do positivismo jurídico.

Foi sobretudo nos domínios do direito público — e particularmente do direito constitucional — que se fêz sentir a influência das ideologias, desviando as instituições jurídicas da sua linha de formação histórica. E compreende-se que assim tenha sido, dadas as relações entre o direito constitucional e os acontecimentos mais relevantes da vida política, mais diretamente sujeitos àquela influência.

No Brasil, como em vários outros países, pode notar-se um contraste entre o desenvolvimento do direito privado e o do direito público. Ao contrário de nossas Constituições políticas, o nosso Código Civil reflete as condições do meio ambiente e respeita o direito tradicional, não obstante críticas que lhe possam ser dirigidas neste sentido. Lacerda de Almeida — em artigos publicados pelo *Jornal do Comércio* e reunidos posteriormente no volume intitulado *O Código Civil visto por alto* — denunciou a infiltração, no Código, de princípios individualistas avessos à formação nacional. Ainda assim prevaleceu a fidelidade à tradição, de se notar na concepção do casamento, na regulamentação da propriedade e mesmo no direito das obrigações. As Ordenações do Reino — vigentes ainda entre nós quando em Portugal não eram mais do que uma reminiscência histórica — não deixaram de ser a principal fonte do Código. E se da legislação passarmos para a doutrina havemos de verificar igualmente entre os nossos civilistas uma inspiração no direito histórico, bem diversa da fascinação exercida sôbre os constitucionalistas do Império pelo liberalismo doutrinário francês e sôbre os da República pela organização política dos Estados Unidos.

É bem de ver que afirmar a historicidade do direito não significa assumir uma posição de conservadorismo estático, nem tampouco negar que o direito deva ser um elemento propulsor

da dinâmica social e do progresso. Pelo contrário, o verdadeiro progresso só pode dar-se mediante o aperfeiçoamento humano e social, que uma ruptura com o passado impossibilitaria, pois nos privaria das contribuições legadas pelo esfôrço das gerações que nos precederam, ao qual devemos somar o nosso, na marcha da civilização.

Se o progresso técnico se faz freqüentemente por substituição — devendo notar-se, porém, que as inovações resultam de experiências anteriores e de conquistas a nós transmitidas antes de serem superadas — no concernente à vida social e às instituições as transformações mais fecudas são aquelas que resultam de uma adaptação feita com sabedoria e prudência.

A sabedoria deve conduzir o legislador a colher as lições da história, "mestra da vida" e "política experimental". A prudência legislativa consiste principalmente em prever, em antecipar-se a situações futuras, em medir as conseqüências de determinadas prescrições. Agindo desta forma o legislador manifesta consciência não apenas do passado histórico, mas também do momento histórico em que vive.

Aliás a história não deve ser considerada simplesmente um retrospecto do passado, um museu de antigüidades. Mais ainda, é a própria vida, é a tradição que vai passando de geração em geração, de tal maneira que se nós somos o que somos é em virtude da herança histórica que recebemos. É a nossa vida antes de nós, no dizer muito expressivo de João Ameal, cumprindo acrescentar: é a vida que continua conosco. Não foi em vão que o Padre Antonio Vieira chegou a escrever a história do futuro!

Daí não cabe, no entanto, concluir que seja a história uma espécie de entidade metafísica, segundo a consideram aquêles que dela fazem uma fôrça misteriosa a impelir de modo fatal a evolução da humanidade. Tal concepção, delineada no século passado por pensadores como Marx, Comte e os evolucionistas, é a do progressismo de nossos dias, ensinando que a suprema sabedoria consiste em deixar-se levar passivamente pelo "movimento da história".

O autor da presente monografia rejeita liminarmente êsse historicismo radical, e procura esclarecer o verdadeiro significado da historicidade do direito na formação e no desenvolvimento das sociedades políticas, em oposição ao abstracionismo jurídico, fruto

do subjetivismo do pensamento moderno e da prevalência das modas ideológicas sôbre o senso histórico.

Passa-se com o direito o mesmo que com a arte. Reduzindo-o ao fato e ao texto da lei, o positivismo jurídico é comparável ao naturalismo que se cinge a imitar a natureza. Não restam ao positivismo senão critérios meramente utilitários para inspirar a elaboração legislativa, fazendo desaparecer, com a negação do fundamento transcendente da ordem jurídica, a própria idéia de justiça. E o racionalismo jurídico, deduzindo *more geometrico* de princípios abstratos a norma legal, lembra as formas extravagantes da arte moderna desvairadamente subjetivista, a culminarem na arte abstrata de nossos dias. A inspiração do artista e a prudência do legislador defrontam-se, cada qual a seu modo, com realidades que lhes importa respeitar e não lhes é lícito destruir ou mutilar a seu gôsto. Se a norma de direito em si mesma é abstrata, ela deve ser elaborada tendo em vista as condições da sociedade concreta à qual vai aplicar-se e as do momento histórico de sua feitura.

A missão do legislador é traçar normas de caráter geral, sem ter em vista casos particulares. O contrário ocorre com o juiz, a quem cumpre dizer o direito em cada caso singular que lhe é apresentado. Por isto mesmo, a sentença — aplicando a norma de caráter genérico — é uma disposição individualizada e concreta.

Mas o juiz deve observar a lei e, acima de tudo, orientar as suas decisões pelos princípios universais de justiça, isto é, princípios de máxima generalidade. Por sua vez, o legislador, embora lhe caiba formular preceitos num plano abstrato, não pode deixar de atender à realidade concreta do meio social em que as leis vão ter vigência.

Assim o abstrato e o concreto no direito não se excluem, antes se conjugam tanto na atividade legislativa como na jurisdicional. Para ser justa, a decisão judiciária deve estar vinculada a um preceito que é abstrato. E para ser aplicável, a norma legal abstrata supõe da parte do legislador o conhecimento dos elementos concretos em função dos quais deve ser formulada.

Numa ação reivindicatória, por exemplo, a sentença reconhece ser determinada coisa de alguém uma vez provado tratar-se do legítimo proprietário. Ou seja: aplica, num caso concreto, o

princípio de justiça segundo o qual se deve dar a cada um o que é seu.

Quanto à atividade legislativa, um exemplo podemos encontrar na legislação referente às locações de imóveis urbanos. Normas distintas se estabelecem para os casos de locação comercial ou residencial, e os critérios adotados pelo legislador numa época de grande estabilidade econômica não servem para os períodos de desvalorização monetária. Além disso é preciso levar em conta os costumes ou práticas sociais correntes, como as relacionadas com a sublocação, a transferência de locatário, o pagamento de luvas e outras. A consideração dos casos concretos sugere o preceito legal abstrato, traduzindo-se neste um princípio de justiça ou uma norma de segurança em têrmos que à prudência do legislador compete formular devidamente.

No mesmo sentido podemos observar que as reformas agrárias, ensaiadas em vários países, pecam muitas vêzes por estabelecerem um mesmo padrão legislativo para regiões bastante diversificadas umas das outras, quer pelo grau de desenvolvimento, quer pelo tipo de cultura agrícola ou pastoril dominante em cada uma.

Nos domínios do direito público tem sido freqüente a elaboração de leis em antagonismo com as realidades históricas. É o caso, entre tantos outros, do regime federativo no Brasil, implantado afoitamente e sem corresponder ao desenvolvimento orgânico da sociedade, contràriamente ao que se deu nos Estados Unidos ou na Suíça.

O direito penetra cada vez mais a vida humana. Os Estados modernos regulamentam uma série de atividades exercidas outrora à margem da disciplina legal. Do nascimento à morte estamos cercados de normas jurídicas que dispõem sôbre particularidades do proceder de cada um de nós. Assim o direito está presente nos mais variados momentos de nossa existência. E por isso mesmo paradoxal que as legislações se achem, por vêzes, tão afastadas da realidade e num conflito com a vivência histórica das sociedades.

Esta situação não é apenas a de novos Estados que surgem inopinadamente, como acontece hoje no continente africano, onde se adotam com sofreguidão os padrões dos Estados nacionais do Ocidente, aplicando-os a sociedades ainda em fase de organização tribal. Nações com a sua ordem jurídica sedimentada numa

longa tradição padecem também na atualidade uma crise institucional. A explicação desta crise pode ser dada por causas relacionadas com fatos históricos de repercussão universal: as guerras, as revoluções, as transformações da era tecnológica ou a explosão demográfica. Entre tais causas cumpre colocar as legislações inadequadas às condições efetivas e à formação tradicional dos povos a que se destinam.

Donde a importância do tema em tôrno do qual — segundo o enunciado no título desta monografia — algumas breves considerações se reunem nas páginas seguintes.

Capítulo I

SOCIEDADE, DIREITO E HISTÓRIA

1. O homem e a sociabilidade.
2. A historicidade humana.
3. A historicidade do direito.
4. Antagonismo entre o direito e a história.
5. Permanência e renovação na vida do direito.

Capítulo I

SOCIEDADE, DIREITO E HISTÓRIA

1. Sociedade, direito e história indicam a presença do homem e assinalam o reino da liberdade.

A sociabilidade é um predicado próprio do ser humano, que só na linguagem das fábulas pode ser atribuido aos animais. Êstes, ainda quando vivem gregàriamente, como acontece com as abelhas, as formigas ou os castores, não chegam a ser sociais da mesma forma que os homens. Por sociedade entende-se não um simples ajuntamento ou aglomeração de indivíduos — por exemplo, a multidão num comício, a assistência numa sala de espetáculos, o público numa competição esportiva — mas a união resultante de uma cooperação consciente em vista de certos fins. Ora, isto só é possível entre sêres dotados de inteligência, capazes de conhecer o objetivo a lograr e de colaborar voluntàriamente para alcançá-lo.

Daí estar o núcleo da noção de sociedade na união moral de homens que cooperam para um fim comum. O fato de tratar-se de união moral significa exatamente a dependência de um elemento racional. «Moral» é expressão que vem de *mos, moris*, ou seja, costume, hábito, não congênito, mas adquirido pela repetição de atos livres, isto é, atos próprios de sêres racionais.

Os animais gregários vivem juntos por instinto. Por isso mesmo apresentam sempre uma invariável modalidade de organização. Se Aristóteles, no século IV antes de Cristo, ao escrever a história dos animais, tivesse descido a particularidades

sôbre as formigas ou as abelhas, as suas observações haveriam de coincidir com as do famoso entomologista francês Fabre, relatando no século passado a vida dos insetos, ou ainda posteriormente com as de Maeterlinck. Há, nos agregados animais, uma fixidez que contrasta com a pluralidade de formas dos agrupamentos humanos. Os animais não são suscetíveis de progresso, nem de história. Só podem ser objeto da história natural.

2. As variações das sociedades, no tempo e no espaço, decorrem da liberdade, elemento sem o qual não podemos explicar a ação dos homens na formação das sociedades. E justamente em virtude dêste elemento — o livre arbítrio, inerente aos sêres de natureza racional — pecam pela base as interpretações que pretendam enquadrar a história em esquemas de cunho determinista. As sociedades formam-se, progridem ou entram em declínio sem que as fases do seu desenvolvimento se apresentem de um modo necessário e uniforme.

Sendo racional, livre e sociável, o homem é conseqüentemente um ser histórico. Desde logo vemos, pois, que a historicidade humana não se opõe à afirmação de uma natureza ou essência comum a todos os homens e invariável ao longo da história, em ambientes e condições diferentes. O que podemos dizer é que esta natureza se concretiza nos indivíduos em um determinado meio histórico, de que os homens são tributários, aí recebendo os elementos de formação pessoal de tão grande importância na constituição do caráter (1).

(1). O homem é um ser inteligente e livre. A racionalidade é o elemento que o constitui essencialmente, distinguindo-o dos demais sêres. Tal é a sua natureza, considerada como expressão da essência metafísica. Mas o homem completo, na sua essência física, compreende outros predicados: é livre, capaz de se admirar e de rir, capaz de transformar as coisas exteriores e inventar coisas (*homo faber*), sociável, inclinado a brincar e a jogar (*homo ludens*), histórico. A essência física, por sua vez, realiza-se nos homens de maneira diferente e peculiar a cada um. Os psicólogos distinguem, na individualidade humana, o *natural*, o *caráter* e o *temperamento*. Divergem quanto à definição dêstes conceitos, sendo que para LA VAISSIÈRE e PALMÉS o *natural* é o "conjunto de disposições nativas que inclinam o apetite intelectual a reagir de tal ou qual maneira perante determinados motivos" e o *caráter* é a "disposição habitual segundo a qual a tendência intelectual reage perante determinados motivos" (*Psicologia experimental*, E. Subirana S.A., Barcelona, 1952, p. 360). Quanto ao *temperamento*, concerne ao organismo, significando a energia do tonus vital, a harmonia ou discórdia das atividades vitais (Malapert, apud Palmés). Na caracterologia contemporânea, o têrmo *caráter* é usado para designar o complexo unitário de formas da vida psíquica, que dá ao comportamento de alguém um traço ou modo de ser particular, uma estrutura resultante da ação recíproca do indivíduo e do ambiente.

Por outras palavras, a natureza humana está aberta para a história, e o homem, embora não seja um mero produto do meio, muito deve, na maneira de ser individual e concreta, ao momento histórico em que vive, ao ambiente no qual cresce e é educado, como também ao atavismo, que o prende aos antepassados mais remotos.

Daí a importância da tradição na vida dos homens e das sociedades. Todo homem é uma tradição acumulada, e prescindir da tradição seria o mesmo que renunciar à memória. Mas cada um de nós mantém em si algo de incomunicável e profundamente pessoal, que muito longe está de poder reduzir-se ao reflexo de uma pretensa consciência coletiva.

Não há um homem igual a outro, nem no físico, nem no psíquico. Cada qual é um ser distinto e irredutível na cadeia das gerações, porém não pode ser integralmente compreendido fora da seqüência dessas gerações e dos acontecimentos de que participa ou tem notícia.

Nestes têrmos, dizer que o homem é um ser histórico não implica a aceitação do historicismo, se por tal expressão entendermos os sistemas filosóficos que sustentam a existência de fôrças imanentes no mundo real, a presidirem o desenvolvimento do homem e das coisas, daí decorrendo a negação de uma essência humana supra-histórica (2).

(2). Na linha do idealismo germânico, o historicismo chega ao ponto culminante com Hegel. Da filosofia hegeliana origina-se o materialismo histórico de Marx, conjungando-a com o materialismo de Feuerbach. O neo-idealismo encontra na Itália seu máximo representante em Croce, para quem a história é o desenvolvimento do espírito, que compreende tôda a realidade. Entre outras manifestações do historicismo, as posições relativistas de Dilthey e Spengler contrastam com as de Troeltsch e Meinecke, que afirmam a transcedência de Deus sôbre a história.

3. As mesmas considerações sôbre a historicidade do homem podem aplicar-se à historicidade do direito. O fato de reconhecermos no direito algo de concreto, que se realiza na vida dos povos dentro das condições que lhes são peculiares, não acarreta de maneira nenhuma a negação de valores absolutos pressupostos pela ordem jurídica positiva. Assim, a idéia de direito natural está muito longe de se opor à da formação histórica do direito, a não ser em certas modalidades que assumiu sob a influência do racionalismo posterior a Grócio. As críticas feitas ao direito natural pelos adeptos do positivismo jurídico procederam de um grande equívoco, sôbre o qual não é preciso insistir, pois êste tem sido suficientemente desfeito por numerosos autores (3).

Mérito indiscutivel da escola histórica, no século XIX, foi chamar a atenção dos juristas para a formação orgânica da sociedade e do direito, em oposição ao jusnaturalismo racionalista e às concepções individualistas oriundas da «filosofia das luzes» do século XVIII. Mas daí a negar a existência de princípios universais, que constituem o fundamento do direito positivo, vai um passo muito grande.

---

(3). Obra que definitivamente esclarece o assunto é a de H. ROMMEN, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*. Em tradução francesa: *Le Droit Naturel. Histoire. Doctrine*. Egloff, Paris. O problema do direito natural em face da historicidade do direito foi suscitado por J. J. BACHOFEN em sua aula inaugural de 7 de Maio de 1841 na Universidade de Basiléia (*El derecho natural y el derecho histórico*, tradução e introdução de Felipe González Vicen, Instituto de Estudios Politicos, Madrid, 1955). Cumpre não esquecer o livro de SIMON DEPLOIGE, *Le conflit de la morale et de la sociologie*, Paris, Nouvelle Librairie Nationale. Mais recentemente, além de outros, L. STRAUSS, *Natural Right and History*, The University of Chicago Press, 1952. Finalmente, veja-se nos *Anales de la Cátedra "Francisco Suárez"*, da Universidade de Granada, (Julho-Dezembro 1964), o estudo, com ampla bibliografia, de JOSE DELGADO PINTO, *Derecho. Historia. Derecho Natural. Reflexiones acerca del problema de la oposición entre la existencia del Derecho Natural y la historicidad de los Ordenes Jurídicos*. A propósito e elegantemente, ROLAND MASPÉTIOL: "Não há nenhuma contradição em conceber o direito ao mesmo tempo como imergido na história e como portador de uma seiva eterna animando as constantes de seus revestimentos temporários" (Resposta ao inquérito *Qu'est-ce que la philosophie du droit?* em *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, tomo VII, 1962, p. 138).

Afirmar a historicidade do direito não é, pois, necessàriamente, sustentar o historicismo relativista, que caracterizou em parte a reação levada a efeito, na centúria passada, contra o apriorismo ou abstracionismo anti-histórico do pensamento iluminista (4).

4. Sob a influência de tal abstracionismo, a Revolução de 1789 rompeu com o direito histórico, e essa influência se irradiou pelos demais países nos quais penetraram os princípios revolucionários. A crise do direito, em nossos dias, prende-se a êsse antagonismo entre as fórmulas legais e a realidade social, a qual é inseparável da história. No dizer de Julián Marías, «a história se encontra no próprio seio da sociedade, e esta só històricamente é inteligível» (5). O individualismo jurídico, proveniente da Revolução, e o coletivismo dos Estados totalitários partem de uma concepção de sociedade em que se prescinde da experiência histórica, suscitando assim aquêle antagonismo entre o direito e a vida.

No campo do direito constitucional o abstracionismo jurídico tem produzido os mais devastadores efeitos. Isto se deve, em grande parte, ao papel desempenhado pelas ideologias na vida dos povos, do século XVIII em diante. Constituições, destinadas a ser a lei fundamental na organização de uma sociedade, tornaram-se instrumentos de desorganização, pela violação da ordem natural e pelo desrespeito à formação histórica. É verdade que em nossos dias, segundo tem sido notado,

---

(4). As expressões *apriorismo* e *abstracionismo* são empregadas, em sentido pejorativo, para indicar abusos de processos normais do pensamento, em si mesmos legítimos. Assim, quanto ao abstracionismo, eis como o conceitua LALANDE, no *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie*: "A). Abuso das abstrações. B). Especialmente, em W. James (que parece ter criado esta palavra) tendência a tomar as abstrações pelo equivalente das realidades concretas, de que elas conservam um certo aspecto sòmente. Ver *The meaning of truth*, cap. XIII". Sôbre os diversos sentidos do "concreto" e do "abstrato" em geral e particularmente no direito; KARL ENGISH, *Die Idee der konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Carl Winter, Heidelberg, 2.ª ed., 1968.

(5). JULIÁN MARÍAS, *La estructura social*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1955, p. 32.

parece que estamos assistindo ao crepúsculo das ideologias. Nem por isso os efeitos conturbativos dos sistemas abstracionistas de idéias deixaram de se fazer sentir, sendo particularmente perceptíveis nas crises políticas e econômicas.

As normas jurídicas em discordância com a formação do povo para o qual são elaboradas suscitam o conflito entre o direito abstrato e o direito histórico, entre a legalidade e a legitimidade ,entre o Estado e a Nação.

A sociedade política, que no mundo greco-romano foi a Cidade e depois o Império, assume atualmente a feição do Estado nacional. Por sua vez tem sido êste enquadrado nos moldes do Estado de direito, cujo significado essencial está na subordinação dos governantes a uma ordem normativa de justiça, consubstanciada no regime constitucional.

Quando fundado numa concepção meramente legal ou racional da legitimidade — segundo a terminologia de Max Weber — o Estado de direito torna-se algo de desentranhado da realidade. A estruturação constitucional da sociedade e do poder deve ser empreendida levando-se em conta os dados da realidade social e o desenvolvimento histórico do direito. Tal afirmação pode parecer um truísmo sem maiores conseqüências, mas o fato é que, perante a crise do senso comum reinante no pensamento jurídico-político de nossos dias, nunca é demais insistir em certas verdades elementares e por vêzes esquecidas (6).

5. A vida do direito é a sua história, isto é, os fatos que lhe dão origem, a gênese consuetudinária da norma jurídica, o desenvolvimento gradual das instituições, as modificações

(6). Ver MARCEL DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, *La crise du "Sens Commun" dans les Sciences Sociales*, Recucil Sircy (especialmente o livro primeiro, capítulos II e IV). Quanto ao Estado de direito do liberalismo, ARTURO ENRIQUE SAMPAY, *La crisis del Estado de Derecho liberal-burgués*, Editorial Losada S.A., Buenos Aires. Sôbre as formas de legitimidade segundo MAX WEBER, ver dêste autor *Wirtschaft und Gesellschaft* (tradução espanhola: *Economia y Sociedad*, Fondo de Cultura Economico, Mexico, vol. IV) e JOHANNES WINCKELMANN, *Legitimität und Legalität in Max Weber Herschaftssozologie*, 1952, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.

operadas na legislação em função das transformações sociais, a sistematização legislativa através dos códigos e também as inovações resultantes dos movimentos revolucionários. Assim como a natureza não procede por mutações súbitas e violentas — *natura non facit saltus* — da mesma forma as leis tanto mais eficazes se mostram quanto mais adaptadas aos costumes, observando, em suas alterações, uma linha de continuidade histórica da qual resultam a estabilidade e a ordem, o que evidentement não quer dizer estagnação.

O direito nasce de fatos ocorridos entre os homens ou que interferem nas relações humanas. *Ex facto oritur ius*. Conseqüentemente é algo de concreto, e não um produto cerebrino, uma idéia pura, embora naqueles fatos estejam encarnadas idéias que movem o homem, ser racional, e o impelem à ação, colimando determinados fins.

Sendo o direito um elemento imprescindível à vida social, e dado o cunho histórico das sociedades civis ou políticas, nas quais a ordem jurídica positiva alcança maior grau de formalismo e coerção, segue-se que essa historicidade deve existir também no direito. Surge êste, nas sociedades por êle disciplinadas, como um fator de conservação, ordem e estabilidade, mas ao mesmo tempo de desenvolvimento e progresso. Permanência e variação, *vetera et nova*, de tal maneira que não se deve dizer que o jurista, pela formação do seu espírito, seja apenas um elemento conservador, pois lhe cumpre também, especialmente no campo da doutrina e enquanto legislador, traçar diretrizes para o futuro, sentindo a sua época e pressentindo a marcha dos acontecimentos. Mais do que um conservador, devemos considerar o jurista um homem a serviço da tradição, tomando-se esta palavra no seu significado etimológico (de *tradere*), como a entrega ou transmissão de um certo patrimônio de cultura, compreendendo os valores dominantes numa sociedade e que vão passando de geração a geração. A tradição inclui a idéia de progresso, e até mesmo é uma condição *sine qua non* para haver progresso, sendo êste impossível sem as aquisições dos que nos precederam, quer no domínio das ciências e no das artes, quer no das relações sociais.

A permanência resulta da continuidade histórica, as variações ou as inovações significam a continuação da história. Êsses dois aspectos podem muito bem notar-se na jurispruden-

cia: o juiz, longe de ser um mero aplicador mecânico da lei, exerce uma função renovadora e mesmo criadora, não só nos países da *common law*, em que lhe cabe «fazer a lei» (*judge made law*), mas também nos de predominância legislativa. É certo que, ao dar a sentença, o juiz não tem podêres discricionários e não pode formular regras de caráter geral ou desconhecer o direito vigente, mas tem uma liberdade de julgamento que se manifesta sobretudo em face das lacunas ou das insuficiências da ordem jurídica positiva (7). Nos países de tradição romano-germânica o juiz está mais adstrito à lei, mas nem por isso deixa de existir essa liberdade, que é a maior no sistema da *common law* (8).

Quando, para interpretar uma lei, procuramos conhecer a intenção do legislador e as condições em que ela foi elaborada, temos um conhecimento de tipo histórico. E quando o magistrado mitiga o rigor da lei com a eqüidade, ou alarga a interpretação diante de condições novas ou de situações imprevistas, então êle se torna um agente da dinâmica social, que aliás deve ser ordenada pelo direito. A palavra alemã *Auslegung* diz bem desta ampliação interpretativa, e no mesmo sentido a técnica jurídica anglo-americana distingue a *interpretation* da *construction* (9).

(7). Depois de Gény, na França, e de Ehrlich, na Alemanha, além de outros, foram ultrapassados o fetichismo legislativo da escola de exegese — que reverenciava exageradamente o Código Napoleão — e a posição dos que sustentavam a plenitude lógica da ordem jurídica positiva (*die logische Geschlossenheit des Rechts*), aparentemente vitoriosa quando foi promulgado o Código Civil alemão.

(8). Maior, sem ser absoluta, pois o juiz não deixa de estar sujeito a uma regra. São do Juiz Holmes estas considerações: "Reconheço, sem hesitação, que os juízes devem legislar e legislam, mas êles o fazem apenas intersticialmente; êles estão confinados aos movimentos molares e moleculares. Um juiz que julga segundo a *common law* não poderia dizer: penso que a doutrina das obrigações é, de certo modo, um despropósito histórico, e não a reconhecerei em meu tribunal" (Southern Pacific Co. v. Jensen, 244, U.S., 205, 221).

(9). Ver, a respeito, CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e aplicação do direito* (Livraria do Globo, Pôrto Alegre) e F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (Paris, Librairie générale de Droit & de Jurisprudence).

O jurista, pois, em relação à história pode achar-se numa situação mais passiva, e de receptividade, ou desempenhar um papel ativo e transformador. No primeiro caso, êle faz história, tomando-se esta como o conhecimento dos fatos passados; no segundo caso, êle faz a história, isto é, contribui, dentro do seu âmbito de ação, para imprimir um certo sentido ao desenrolar do processo histórico (10).

(10). Tenha-se presente que a palavra *história* pode significar: 1). o conhecimento dos fatos passados e sua narração ordenada; 2). a própria realidade histórica, constituída por tais fatos. No primeiro caso, temos a historiografia; no segundo, o seu conteúdo ou objeto.

Capítulo II

A FORMAÇÃO HISTÓRICA DAS SOCIEDADES POLÍTICAS E DO DIREITO

1. Direito e sociedade.
2. Da família à sociedade política.
3. A pluralidade de ordenamentos jurídicos.
4. Fontes do direito.
5. A noção de direito desfigurada no formalismo legalista.
6. O meio social e as fontes formais do direito.
7. O juiz em face da lei.
8. A tarefa legislativa e os absolutismos modernos.

Capítulo II

A FORMAÇÃO HISTÓRICA DAS SOCIEDADES POLÍTICAS E DO DIREITO

1. O direito é um princípio unificador da vida em sociedade, tendo por pressuposto as relações entre os homens, que lhe cumpre ordenar segundo a justiça, em vista da convivência pacífica, assegurada mediante o mútuo respeito dos componentes do corpo social.

Não se trata aqui de formular uma definição de direito, mas de realçar o aspecto primordial do direito enquanto *norma agendi.* Mantendo a coexistência humana e promovendo a paz interna do grupo, é o direito elemento imprescindível em qualquer sociedade, cuja segurança dêle depende e cujos vínculos se dissolvem se não estiverem sob a égide das leis e da autoridade sancionadora (1).

De tal maneira a sociedade está ligada ao direito e o direito à sociedade, que não é possível investigar a gênese das normas jurídicas sem ao mesmo tempo enfrentar o problema da origem e formação dos agrupamentos humanos. Uma questão depende da outra, como bem podemos verificar no caso das modernas teorias do contrato social, que, negando a formação natural das sociedades, levam conseqüentemente ao voluntarismo jurídico. A hipótese do contrato na origem da

---

(1). Donde os aforismos *ubi societas ibi ius* e *ubi ius ibi societas.*

sociedade gera a idéia do direito como simples produto da vontade, através do contrato (acôrdo de vontades) e da lei, considerada uma expressão da não menos hipotética vontade geral.

2. Sendo a família a primeira e a mais natural das sociedades, a ordem jurídica que a rege decorre imediatamente da própria natureza. A missão dos cônjuges é assinalada pelas disposições peculiares ao respectivo sexo, e a autoridade cabe naturalmente a quem tais disposições indicam para a chefia. Da mesma forma a finalidade principal do casamento — a procriação — traz como conseqüência a dependência dos filhos em relação aos pais e o direito dêstes à educação da prole.

Um conjunto de famílias vivendo no mesmo território, e acrescido de outros grupos que se vão constituindo com o correr do tempo, forma a sociedade civil ou política.

Estas duas expressões, afins pela origem etimológica (de *Civitas* ou πόλις), são empregadas por vêzes com idêntica significação, mas há autores cujo critério adotado é o da distinção entre ambas. Consideram então na sociedade civil aquêle conjunto de famílias e de grupos de base territorial, profissional ou ideológica, restringindo a sociedade política à superestrutura que se estende por sôbre tais agrupamentos, sem se confundir com êles e organizando-os através do direito (2).

---

(2). Assim, ROLAND MASPETIOL, em *La Société Politique et le Droit*, Éditions Montchrestien. No mesmo sentido escrevia SORIANO DE SOUZA em seus *Princípios gerais de Direito Público e Constitucional* (1893): "A sociedade tem uma vida própria; em seu seio se desenvolvem as ciências, as artes e as indústrias, os institutos de caridade, a religião, as relações de família e todos os outros elementos essenciais ao movimento da associação humana. — Nesse grande concêrto social aparece também o Estado, como um instituto destinado a garantir o desenvolvimento pacífico e harmônico da vida social; é um elemento externo, um coeficiente extrínseco que intervém, que se justapõe no concêrto social pela necessidade de manter incólumes a vida e o direito dos associados" (p. 63). Observa Jellinek que o Estado é uma forma de sociedade que gera, por sua vez, novos grupos. E exemplifica: a burocracia e o exército não são apenas instituições do Estado, mas também grupos sociais (G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3.ª edição, Berlim, 1922, p. 96).

Na tipologia das sociedades políticas — desde a tribo, a mais elementar de tôdas, até ao Estado nacional moderno, incluindo-se a aldeia, a cidade, a sociedade feudal e as diversas modalidades de Império — cumpre ressaltar um característico importante de cada uma dessas formações sociais. Trata-se sempre de uma reunião de grupos constituindo a sociedade global, que nunca é formada diretamente por indivíduos desvinculados de laços anteriores em círculos mais limitados. Por outras palavras, a sociedade política é uma sociedade de sociedades.

Essa verdade elementar, posta de lado pelas modernas teorias contratualistas, já era ensinada com simplicidade e clareza por Aristóteles, no início de sua *Política*, ao mesmo tempo em que afirmava a sociabilidade natural do homem.

Famílias, aldeias, cidades agrupam-se na paulatina constituição de uma sociedade mais ampla que seja auto-suficiente e capaz de prover-se a si mesma, contribuindo para que todos aquêles seus elementos componentes encontrem os meios dos quais precisam a fim de realizar os próprios objetivos.

Quanto mais complexa a sociedade — com o crescimento da população, o incremento das relações sociais e o desenvolvimento das ciências e das artes — mais numerosos e variados são os grupos que se intercalam entre os indivíduos e o Estado, quer se trate do Estado-cidade do mundo antigo, quer do Estado-nação de nossos dias.

Tal é, sem dúvida, o processo natural e orgânico de formação das sociedades políticas. A expressão «natural» não é empregada aqui na mesma forma pela qual significa a origem e a formação dos organismos vivos, seu crescimento, sua vida e sua morte. A organicidade social é um resultado da sucessão histórica, e em meio à diversificação das sociedades políticas, das formas de Estado e das formas de govêrno, o mesmo processo constitutivo sempre se observa. Não há sociedade política sem que os indivíduos sejam nela integrados através dos corpos intermediários; se a sociedade é muito simples, através apenas das famílias, como ocorre com as tribos ou as aldeias.

Isto pode dar-se pelo desenvolvimento de uma tribo, quando os descendentes de um tronco ancestral comum vão

constituindo novas famílias sob a dependência do chefe de família mais velho. É o caso das sociedades patriarcais. Ou pode ocorrer pela reunião de famílias procedentes de pontos diversos e localizadas no território da futura *urbs*, que será a base da *Civitas*. Nesta hipótese a margem da livre iniciativa dos homens é maior, podendo chegar mesmo a um contrato social, segundo o exemplo freqüentemente citado dos peregrinos do *Mayflower*, caso êste típico de indivíduos que emigram de um país para fundar uma sociedade nova.

3. Quer pela sua formação histórico-natural, quer pela sua estrutura íntima, as sociedades políticas apresentam um caráter comunitário, no sentido de que a coesão entre seus membros se prende a uma atividade espontânea e um gênero de vida em comum, assinalado pelo fato de vários indivíduos pertencerem a um grupo independentemente de sua iniciativa ou deliberação (3).

Assim, a tribo, prolongamento da família, é uma comunidade estabelecida por vínculos de sangue ou parentesco, a Cidade é uma comunidade de vizinhança e a Nação é uma comunidade fundada principalmente na continuidade histórica.

Firmado o princípio de que a sociedade política é uma sociedade complexa, constituída por sociedades menores, daí decorre um corolário de grande alcance na maneira de conceber o direito, ou, mais precisamente, a ordem jurídica. Desde que o direito, como elemento de conservação e coesão, é um requisito de tôda sociedade, segue-se que o ordenamento jurídico

---

(3). Lembremos a distinção de Tönnies entre comunidade (*Gemeinschaft*) e sociedade (*Gesellschaft*), categorias sociológicas fundamentais, sendo a noção de sociedade, no sentido estrito, aplicável aos grupos de formação contratual. O vinculo existente na *Gesellschaft* é o contrato, explicito ou implicito. A associação industrial ou comercial e a sociedade anônima por ações são formas típicas desta categoria. Quanto à *Gemeinschaft*, frisando a idéia de que seus membros pertencem ao grupo naturalmente e não são apenas sócios numa associação de fundamento contratual (caso êste das "sociedades"), Jules Monnerot prefere traduzir aquela expressão, em lingua francêsa, por *appartenance* em lugar de *communauté* (J. MONNEROT, *Les faits sociaux ne sont pas des choses*, Gallimard, 3.ª ed., págs. 144 a 152).

da sociedade global supõe ordenamentos anteriores, existentes no interior daqueles grupos constitutivos.

Em se tratando do Estado moderno — organização jurídica da comunidade nacional — e diante de tal corolário, vemos desde logo que as concepções que dêle fazem a fonte única do direito não resistem à prova da história e da observação sociológica. O monismo estatal, tanto quanto o individualismo contratualista, fazendo da sociedade política uma soma de indivíduos, prescinde dos corpos intermediários e, desta forma, prepara o Estado totalitário. Tais concepções correspondem, aliás, à estrutura da «sociedade de massas» de nossos dias, entendendo-se por «massa» o aglomerado informe e por «povo» o conjunto orgânico de famílias e outros grupos sociais (4).

4. A problemática das fontes do direito tem sido, nestes últimos anos, objeto de valiosas indagações da parte de juristas, de sociólogos e de juristas-filósofos. Não é possível esquecer, a propósito, o nome de Gény, a quem tanto se deve haver sido superada, na França, a estreita e unilateral concepção que reduzia o direito à lei, e até mesmo ao Código e à Constituição, em se tratando do direito civil e do direito político respectivamente. Por sua vez a sociologia tem contribuido para alargar os horizontes dos juristas, permitindo-lhes abranger tôda a complexidade da vida social em que as normas de direito são elaboradas, e tornando insustentável o monismo daquelas concepções segundo as quais há uma identidade entre a ordem jurídica e a ordem estatal (5).

A expressão «fontes do direito» tem um sentido metafórico e de vários modos os juristas a têm empregado com referência à formação da norma. Significando uma nascente

---

(4). Amplo e vigoroso estudo sôbre o assunto é o de JUAN VALLET DE GOYTISOLO, *Sociedad de masas y Derecho*, Taurus, Madrid, 1969.

(5). Veja-se GEORGES GURVITCH, *Sociology of Law*, Philosophical Library and Alliance Book Corporation (há uma tradução portuguesa editada no Brasil). Quanto à obra de Gény, além dos seus clássicos *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* e *Science et technique en droit privé positif*, ver o *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny*, 3 volumes, *Recueil Sirey*.

de água, a palavra «fonte» indica origem, princípio ou causa. Aplicada na linguagem jurídica, assume por sua vez diversas significações: pode designar o fundamento do direito (6), sua origem histórica (7), o órgão de publicidade da lei (8), mas é sobretudo usada para manifestar as diversas modalidades de normas vigentes numa determinada ordem jurídica positiva. Êste último significado é, sob o aspecto técnico-jurídico, o mais corrente, distinguindo-se as fontes formais das fontes materiais ou reais. São fontes formais a lei escrita, os costumes, os estatutos, os contratos coletivos de trabalho, sem falar na jurisprudência e na doutrina. Quanto às fontes materiais ou reais — assim chamadas porque fornecem a matéria daquelas normas e são fatos da realidade social dando conteúdo à regra de direito — encontram-se nos acontecimentos sociais mais variados, em movimentos políticos, nos proselitismos ideológicos, na atuação dos grupos de pressão, etc.

Pelas fontes formais manifesta-se a vontade social dominante, mediante um imperativo que se torna regra de caráter obrigatório. Esta regra tem, pois, o suporte de uma autoridade capaz de exigir o seu cumprimento, razão pela qual há autores para os quais a expressão «fonte do direito» diz respeito primordialmente à autoridade que impõe coercitivamente a norma (9).

(6). É o sentido filosófico. Assim, escreve Del Vecchio que "o direito tem sua fonte essencial na natureza humana" (*Le problème des sources du droit positif, Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, trabalhos da primeira sessão, 1934-1935, Recueil Sirey, p. 21).

(7). Fontes históricas do direito. Assim é que dizemos ser o direito romano uma fonte do direito civil moderno, e as Ordenações fontes do Código Civil Brasileiro.

(8). Fontes literárias: a imprensa oficial, que torna públicas as leis depois de promulgadas e sancionadas, ou repositórios, coleções, obras de sistematização que nos transmitem o conhecimento do direito de épocas pretéritas.

(9). Segundo Gurvitch, fonte do direito positivo quer dizer "a autoridade qualificada sôbre a qual se apoia a fôrça obrigatória de uma regra jurídica e que, por sua própria existência, encarnando valores, dá a garantia da eficiência real desta regra" (ver o citado volume *Le problème des sources, Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, p. 117).

Tal autoridade não é necessàriamente a que exerce a soberania política, porquanto pode tratar-se da autoridade social existente no interior de um daqueles grupos intermediários. As normas de direito não emanam, pois, exclusivamente do poder político e são geradas em diferentes meios sociais aos quais cabe também a expressão «fontes do direito». É a nomenclatura adotada por Goffredo Telles Junior, ensinando que referidos grupos possuem «a sua ordenação jurídica interna» e «são fontes inexauríveis de normas» (10).

A norma de direito surge, pois, num determinado meio social procedente de uma autoridade que a elabora e impõe. Não basta, porém, considerar a norma e o seu suporte, a autoridade. O que dá pròpriamente existência e valor jurídico à norma é o ato do detentor da autoridade, elaborando-a e tornando-a obrigatória. Donde, em última análise, estar a fonte do direito num ato jurídico (11).

(10). Divide o autor os grupos constitutivos da sociedade política em grupos domésticos, culturais, econômicos, recreativos e religiosos. Acrescenta o "grupo político", acentuando que os grupos anteriormente mencionados vivem dentro dêste último, "ou melhor, dentro de grupos políticos hierarquizados (Municípios, Províncias, Nações, Estados)". Partindo da verdade elementar — "não há sociedade sem direito" — afirma a seguir que cada grupo "há de possuir, portanto, a sua ordenação jurídica interna" (GOFFREDO TELLES JUNIOR, *A democracia e o Brasil*, Editôra Revista dos Tribunais, 1965, págs. 31-35).

(11). Daí o dizer MIRCEA DJUVARA que a noção de fonte do direito positivo se reduz à de um ato jurídico, enquanto criador de normas individuais ou gerais, que presidem o curso da vida social (*Le problème des sources*, p. 101). Veja-se também, nesta citada obra, a comunicação de M. N. N. ALEXEIEV, *L'acte juridique créateur comme source primaire du droit* (págs. 188-208). Por sua vez Legaz y Lacambra considera fonte de direito o "fato criador de direito", por conseguinte "causa de sua origem", e assim define a fonte formal do direito: "Todo ato de criação jurídica constatável de modo indubitável na experiência histórica do Direito, por meio do qual uma intuição ou um pensamento jurídico é transmitido em norma de Direito, ou pelo qual uma certa realidade vital-sociel se converte em realidade jurídica". E acrescenta: "A fonte formal de Direito é a criação; a norma jurídica o criado; a fonte é o meio pelo qual a autoridade criadora de Direito expressa sua vontade de criação jurídica, e o resultado dêste processo é a norma" (L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Introducción a la Ciência del Derecho*, Bosch,

Entendendo-se por ato jurídico a manifestação de vontade com vistas a produzir um efeito de direito, tal noção é perfeitamente aplicável à lei, tanto quanto ao contrato. A diferença está em que o contrato produz efeito entre as partes, ao passo que a lei, dispondo por via geral, estabelece uma situação jurídica que vai abranger numerosos sujeitos de direito independentemente da sua vontade. Daí a noção de atos subjetivos e a de atos regras, tendo êstes por objeto a promulgação, reforma ou revogação de uma norma de direito, e destinando-se aquêles a produzir, modificar ou extinguir uma situação particular.

Mas o que importa aqui observar é que tais atos regras não são apenas os procedentes do poder legislativo do Estado. Dada a formação da sociedade política pela agregação de grupos sociais dotados de maior ou menor autonomia, bem como de um poder normativo e disciplinar interno, cumpre reconhecer, ao lado dos atos oriundos da autoridade pública soberana (leis e regulamentos), os emanados das autoridades grupais ou corporativas (estatutos, regulamentos de associações, sindicatos, ordens profissionais, etc.).

Em suma, considerando a origem e formação das normas jurídicas na sociedade política, e tomando a expressão «fontes do direito» nos diversos sentidos que lhe têm sido atribuídos, podemos assim repartir tais fontes:

1) o *meio social* onde são geradas as normas (sociedade política soberana ou grupos componentes);

2) a *autoridade* qualificada, que as torna jurìdicamente válidas;

3) o *ato jurídico* que lhes dá existência;

4) a própria *norma de direito*, em suas diferentes modalidades.

Barcelona, 1943, págs. 345-346). Num sentido amplo e aceitando uma definição comum, NORBERTO BOBBIO considera fontes de direito "os fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas" (*Teoria dell'ordinamento giuridico*, G. Giappichelli, Turim, págs. 34-35).

5. Durante muito tempo, permaneceu generalizado entre os juristas o critério segundo o qual a noção de direito se reduzia a um duplo aspecto: de um lado, a norma ou «direito objetivo», e de outro o poder moral de agir denominado «direito subjetivo». Era uma simplificação exagerada, que desfigurava a complexidade do fenômeno jurídico e lhe encobria a significação mais profunda. Postergava-se o principal, isto é, o direito na sua acepção primeira, a coisa devida a alguém por justiça, a ação justa, o *iustum* dos romanos, a *hominis ad hominem proportio* de Dante. Com tôda a precisão, o direito objetivo é exatamente o *ius*, objeto da justiça, sendo esta a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu (12).

Na definição clássica de justiça dada por Ulpiano ressalta a primitiva acepção. E na mesma passagem do Digesto, logo a seguir, vêm formulados os preceitos fundamentais do direito e definida a *iuris prudentia*, ou ciência do direito, como *iusti atque iniusti scientia*. Para os romanos o conhecimento do direito consistia, pois, em discernir o que é justo, e não simplesmente em saber as leis. Muito longe estavam êles de reduzir o direito a um conjunto de regras, e jamais lhes passaria pela mente que um dia um professor de direito viesse dizer que não ensinava o direito civil, mas se limitava à exegese do Código.

Daquela desfiguração da noção de direito, resultou a idéia do direito objetivo como sendo simplesmente o conjunto de normas expressas pelas fontes formais, a lei, o costume... Ora, se o direito se manifesta pela lei, que mede a atividade dos homens com vistas a assegurar a justiça nas suas relações, êle não é entretanto uma criação da lei. Suas nascentes trazem-no à superfície depois de gerado nos filões que correm em camadas mais profundas. As chamadas «fontes formais» exteriorizam as «fontes reais».

---

(12). D. 1.1.10,2: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (Ulpiano). LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, em *La realidad del derecho* (separata de *Estudios Jurídicos Varios* pelo *Centenario de la Ley del Notariado*) faz ver que "o sentido originário da palavra Direito não é o de norma" e que "os romanos nunca chegaram a uma concepção normativista do direito, apesar de terem dado os primeiros passos nesse sentido" (págs. 161 e 163).

Quanto ao direito civil, e condensando o pensamento de Gény, escreve Bonnecase: «As fontes reais do direito civil são os elementos geradores do direito civil; reduzem-se a duas: o elemento experimental e o elemento racional. O elemento experimental é representado pelos dados variáveis do meio social e também pelos da natureza humana, no que ela tem ao mesmo tempo de tangível e de permanente; o meio social postula, com efeito, por si mesmo, regras de direito que são a condição de sua existência, como a natureza humana postula de sua parte outras tantas ditadas pela sua essência biológica. Em cada fase da história o meio social reclama, por exemplo, uma regulamentação apropriada e diversa das sucessões e dos testamentos; ao contrário, de um modo geral, a natureza humana postulou sempre uma organização da família repousando sôbre princípios imutáveis de moralidade. Mas o elemento experimental do direito sòmente chega a fornecer diretrizes suscetíveis de serem transformadas em regras de direito desde que sofra a ação do elemento racional, seu regulador supremo» (13).

6. O meio social, com as suas peculiaridades, corresponde à comunidade política organizada ou àquêles grupos menores que a constituem. É o ambiente no qual surgem as normas jurídicas. São as diferentes instituições dando margem à multiplicidade das fontes do direito. No dizer de Santi Romano, «o direito é também norma, mas além de norma e, freqüentemente, antes de ser norma, é organização ou corpo social, e é isto que comunica à norma, a um seu produto ou derivação, a natureza jurídica» (14).

A autoridade estabelece a vinculação entre o meio social — onde se encontram as fontes reais do direito — e as normas às quais atribuímos o caráter de fontes formais. Donde a

---

(13). JULIEN BONNECASE, *Où en est le Droit Civil?* in *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n.º 4, Paris, Librairie Bloud & Gay, 1925, p. 52.

(14). SANTI ROMANO, *Principii di Diritto Costituzionale generale*, 2.ª ed., Milão, Dott. A. Giuffrè Ed., 1947, p. 56. Na conhecida definição de Hauriou, a instituição é uma idéia — *idée d'oeuvre ou d'entreprise* — que se realiza num meio social mercê

ordem estabelecida na divisão acima: meio social, autoridade, ato da autoridade, norma de direito. Nas sociedades políticas cabe considerar a autoridade do legislador e a do juiz, ou então a de quem as enfeixe nas suas próprias mãos, exercendo cumulativamente a função legislativa e a judiciária.

O princípio da separação de podêres, posto em prática nos Estados modernos, não impediu de forma nenhuma que as autoridades judiciárias viessem a constituir fontes do direito. Sem entrar aqui na indagação do valor e do alcance da jurisprudência, importa considerar a missão do juiz à luz da noção fundamental de direito — isto é, a idéia do justo — e não se prender a uma concepção excessivamente legalista da ordem jurídica.

7. Oportunas considerações são feitas a propósito por Michel Villey, comentando o estudo de Engish sôbre o raciocínio jurídico. Autores recentes chegaram ao extremo de concluir que o juiz, ao dar a sentença, não deduz a sua solução de um texto legal, mas deixa levar-se por uma intuição espontânea ou um sentimento irracional e instintivo de eqüidade, procurando em seguida acomodar tal solução da melhor maneira possível aos dispositivos da lei. Engish julga esta análise um tanto sumária. E Villey, jurista-filósofo de apurado senso histórico, pondera que «efetivamente a lei (ou a regra derivada da lei, e que lhe é assimilada) ocupa um lugar mais importante no espírito do juiz: serve-lhe de fio condutor, de eixo, de auxiliar, de guia na procura de uma solução justa; por vêzes também de barreira fixa.» Mas esta *procura da solução justa* é o essencial na atividade do juiz, determina tudo o mais, habilita o magistrado a *dizer o direito*. Donde o prosseguir o citado autor: «O juiz tem em vista a solução justa, boa, aceitável, proveitosa; que ela seja conforme à lei, é uma segunda exigência. Tanto assim que êle ultrapassa esta regra, in-

---

da atuação de um poder, produzindo-se entre os membros do grupo manifestações de comunhão de caráter durável, dirigidas pelos órgãos do poder e reguladas juridicamente. Cf. M. HAURIOU, *La Théorie de l'Institution et de la Fondation (essai de vitalisme social)*, in *Cahiers de la Nouvelle Journée*, volume citado, p. 10.

flecte-a, contorna-a, algumas vêzes dela se liberta. Eis a razão pela qual a jurisprudência vem a ser em definitivo mais rica do que o corpo das leis, e pode constituir, como se diz, uma fonte autônoma» (15).

Evidentemente para bem desempenhar sua alta missão, o juiz não se pode deixar conduzir por um critério subjetivista que sacrifique a solução justa ao seu poder exercido discricionàriamente. Se isto é verdade no tocante àquêles que devem definir de um modo concreto as situações jurídicas, mediante a aplicação da lei com um sentido superior de justiça e eqüidade, da mesma forma aos encarregados de elaborar a lei cumpre orientar-se pela objetividade do direito e não por subjetivismos que os levam a arrogar-se uma espécie de onipotência criadora dentro da ordem jurídica.

8. A tarefa legislativa é complexa e delicada. Iniludíveis responsabilidade pesam sôbre os ombros dos que são chamados a traçar normas disciplinadoras da vida em sociedade. Tal encargo requer necessàriamente o conhecimento da natureza humana, do meio social e da formação histórica do povo a que se destine a legislação a ser elaborada. Trata-se,

(15). MICHEL VILLEY, *Une définition du droit*, in *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, tomo IV, 1959, (volume consagrado ao tema *Droit et Histoire*), p. 52. O estudo mencionado é o de ENGISH, *Einführuna in das juristische Denken*. Urban Bücher 20, Kohlhammer. Significativos os depoimentos de Julien Bonnecase em 1925 e Michel Villey em 1959. Dizia o primeiro: "Vivemos numa época do triunfo da noção de direito sôbre o texto da lei" (obra citada, p. 54, em nota). E o segundo vem declarar que, observando o trabalho de juristas profissionais, verifica ser a lei, para êstes, um instrumento. "A regra escrita é menos o polo e o têrmo de seus pensamento do que etapa provisória, ponto de referência, por vêzes de limite. Daí eu concluo que a verdadeira fonte do direito está situada acima da lei, e acima de tôda regra." (p. 53). E dando testemunho do que ocorre na França: "Nossos programas, lentamente, evoluem: aos cursos de "Código Napoleão" (base dos estudos quando foram fundadas as novas faculdades de direito) tendem entre nós progressivamente a se acrescentar ou a se substituir ensinamentos históricos, econômicos, sociológicos, das "ciências políticas", aos quais nós acabamos de injetar uma adição maciça de "trabalhos práticos". O ensino francês toma consciência de que o direito é algo bem diferente da aplicação das leis" (lugar citado).

por isso mesmo, de uma função de caráter técnico, que supõe especialização e apurada competência.

Ao absolutismo monárquico, que fazia da lei a expressão da vontade do príncipe, vimos suceder o absolutismo democrático, dela fazendo a expressão da vontade do povo, através de seus representantes ou pseudo-representantes. Num caso e noutro abriram-se as portas para o mais desenfreado subjetivismo, agravado pela influência das ideologias dominantes na política moderna e que naturalmente se tem feito sentir também sôbre a política legislativa.

Essas duas formas de absolutismo fazem do direito produto da vontade humana e atribuem uma função criadora ao ato do legislador — o monarca soberano ou o mandatário do povo soberano — quando promulga a lei. Foi sobretudo o individualismo jurídico que contribuiu para difundir tal concepção voluntarista do direito, reduzido às duas categorias fundamentais do contrato e da lei. Deixando de procurar nas realidades sociais e históricas os elementos de inspiração para a norma jurídica, o legislador passou a transpor nas constituições e nos códigos os pressupostos ideológicos da sua mente. Assim se explica o desprêzo pelo direito histórico, na ânsia de construir uma sociedade nova. As construções artificiais começaram a prevalecer sôbre a constituição natural e histórica das comunidades políticas, e o direito abstrato suplantou o direito fundado na tradição dos povos.

Tal predomínio da ideologia sôbre a história recebeu seu grande impulso da revolução intelectual operada na Europa durante o século XVIII, como se dirá a seguir.

Capítulo III

O ILUMINISMO DO SÉCULO XVIII E SUAS REPERCUSSÕES NA POLÍTICA E NO DIREITO

1. Três grandes revoluções na formação do Estado moderno.
2. A mentalidade iluminista e o conflito entre o espírito e a vida.
3. O abstracionismo de Rousseau.
4. Montesquieu e a teoria da separação de podêres.
5. O iluminismo na França da Enciclopédia e seus reflexos na Inglaterra.
6. Do direito natural ao direito racional.

Capítulo III

O ILUMINISMO DO SÉCULO XVIII E SUAS REPERCUSSÕES NA POLÍTICA E NO DIREITO

1. A propagação das idéias do racionalismo iluminista do século XVIII não se deu sòmente entre os homens de letras, mas também junto aos tronos e aos gabinetes ministeriais. A chamada «filosofia das luzes» *(Aufklärung)* trazia implícito um programa de reformas políticas, ou melhor, uma revolução.

Das três grandes revoluções de que são tributários os Estados modernos ocidentais — a inglêsa de 1688, o movimento americano de independência em 1776 e a de 1789 na França — esta última se tornou a Revolução por antonomásia e foi o remate de um processo histórico oriundo do naturalismo renascentista e do protestantismo. Começou a subversão no domínio das idéias para depois descer aos fatos. E neste sentido foi grande a contribuição do iluminismo.

Da revolução inglêsa — chamada por seus entusiastas a «revolução gloriosa» — procede o parlamentarismo. Com a americana tiveram início as constituições escritas e as declarações de direitos, a formulação legal da separação de podêres e o presidencialismo, sem se falar ainda na valorização do poder judiciário e na estruturação constitucional do regime federativo. Quanto aos princípios de 1789, gerados no correr do século XVIII pelos pensadores iluministas, deram ao mundo a ideologia do liberalismo, propagada na Europa, não obs-

tante os vãos esforços restauradores da Santa Aliança, e recebida pelas elites dirigentes das novas gerações americanas. As transformações ocorridas — que por vêzes se davam no contexto histórico dos fatos, como foi o caso do sistema parlamentar na Inglaterra — freqüentemente eram determinadas pelo abstracionismo ideológico, ou por êste desviadas de sua significação original, gerando em ambos os casos instituições jurídicas desentranhadas da realidade.

2. Percebeu-o Candido Mendes de Almeida, donde aquela referência que, no prefácio ao Código Filipino, faz às reformas pombalinas, comparando-as ao terremoto que, na mesma época de Pombal, assolou Lisboa (1). Mas o efeito do iluminismo em Portugal e nos outros países da Europa não se limitava a um repúdio de valores e métodos tradicionais. Surgia uma nova mentalidade, um nôvo modo de pensar, um nôvo processo de sintetização das idéias em contraste com o processo habitual da inteligência no conhecimento do ser, isto é, no contacto com as coisas do mundo que nos cerca sem as visões de uma fantasia desfiguradora. Esta revolução mental afastava a inteligência humana da realidade — encerrando-a no subjetivismo, que aliás na filosofia moderna despontou com Descartes — e não admira que as conseqüências dela decorrentes fôssem, entre outras, concepções jurídicas e reformas políticas situadas no plano das puras abstrações.

As idéias políticas do iluminismo começaram por vicejar na época do «despotismo esclarecido», mas foi com a Revolução de 1789 que verdadeiramente se corporificaram. Daí por diante instituições prefabricadas pela razão pura eram impostas em nome do povo por minorias dirigentes, segundo o padrão das legislações revolucionárias da França, como aconteceu nas Cortes de Cádiz, na Constituinte de Lisboa e em assembléias congêneres de outros países do Velho e do Nôvo Mundo.

---

(1). *Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, com notas de CANDIDO MENDES DE ALMEIDA, Rio de Janeiro, 1870, p. XXXII (décima quarta edição das Ordenações). Veja-se, a respeito das influências políticas do Iluminismo, FRANÇOIS BLUCHE, *Le despotisme éclairé*, Fayard, Paris, 1968.

Observa-o, com a acuidade de sempre, Marcel De Corte, fazendo ver que o ser humano, na estrutura do seu pensamento, foi atingido naquela época por uma profunda mutação, caracterizada por êstes dois traços salientes: 1.º) — o predomínio do abstrato sôbre o concreto; 2.º) — a ruptura do equilíbrio entre o espírito e a vida. Esta dissociação e aquêle abstracionismo foram muito bem apreendidos por Michelet, no prefácio de sua *Histoire de la Révolution Française*. «Grande século XVIII!» exclamava em arroubos o historiador. E prosseguia dizendo que êste século «fundou a liberdade sôbre a emancipação do espírito, até então ligado pela carne, ligado pelo princípio material da dupla encarnação teológica e política, sacerdotal e real». Com efeito, o vago deísmo dos filósofos substitui a crença num Deus pessoal, uno e trino, e na Encarnação do Filho de Deus; o Estado deixa de estar encarnado na pessoa do soberano — *l'État c'est moi*, segundo a famosa frase atribuída a Luís XIV — e torna-se uma entidade abstrata, uma arquitetura da inteligência aplicada à vida social; e o próprio homem tende a ser uma abstração (2).

Poderíamos acrescentar: a soberania dilui-se no povo, transformado por sua vez numa poeira de indivíduos, em lugar da comunidade nacional orgânica, com suas hierarquias, suas divisões naturais, seus grupos históricos. O que quer dizer que cada um dêsses indivíduos é um ser irreal, o Cidadão abstrato e desencarnado, átomo sôlto, fora das comunidades nas quais concretamente um homem vive, pensa, trabalha, tem seus interêsses e está ligado ao seus próximos por laços afetivos.

Uma desagregação completa: a inteligência separada do seu objeto, o homem desvinculado da sociedade, a legislação desligada do direito histórico (3). Tudo isto como resultado daquele duplo conflito, entre o abstrato e o concreto e entre o espírito e a vida.

---

(2). MARCEL DE CORTE, *L'homme contre lui-même*, Nouvelles Éditions Latines, Paris, págs. 251-257.
(3). Cf. AUGUSTIN COCHIN, *La Révolution et la libre-pensée*, Paris, Plon, Introdução, p. 32. Nunca talvez a corrente geral das idéias, da literatura estêve tão afastada do mundo das realidades, do contacto com as coisas, como nesse fim de século. Basta citar

Sigamos Marcel De Corte em continuação às suas ponderações sôbre o assunto: «Se denominamos *espírito* o conjunto das faculdades superiores do homem e *vida* a gama das potências obscuras que o põem em relação imediata com o mundo, o fazem perceber diretamente sua realidade, o enraízam no ser, o tornam capaz de comungar com a sua presença, e cujos nomes são de uma desconcertante banalidade: sensação, senso comum, bom senso, sentimento, instinto, etc..., a grande obra do século XVIII foi a de dissociá-los. No homem normal o espírito e a vida são complementares: a vida nutre o espírito e o espírito esclarece a vida.

«Quando o espírito é consoante com a vida, êle ajusta seus pensamentos à realidade com a qual a vida o põe em contacto, êle os confronta com a experiência e lhes ilumina as riquezas escondidas. E por isso a apreensão vital da realidade, a tomada direta dos sêres e das coisas, a profundidade da experiência vivida são de uma importância essencial para o conhecimento. Tôda a substância do espírito depende de sua amplitude e de sua intensidade, como as flores e as frutas de uma árvore são tributárias da robutez, da abundância e da penetração das raízes.

«Ao contrário, quando o espírito se divorcia da vida, êle não dispõe senão de pensamentos mornos, exangues, desencarnados. Desvitalizado, deixa de estar presente no mundo por intermédio da vida. Incapaz de alcançar o real, não atinge senão os seus próprios pensamentos. Constrói para si um mundo interior de que êle é o senhor absoluto porque a vida não lhe evoca mais as exigências da realidade» (4).

---

filósofos políticos como Rousseau e Mably, um historiador como Raynal, economistas como Turgot, Gournay e a escola do *laisser faire*, homens de letras como La Harpe, Marmontel, Diderot.

(4). MARCEL DE CORTE, obra citada, págs. 257-258. Para exemplificar no campo da economia, aqui vai um caso bem frisante contado pelo autor. Em perspectiva nitidamente mecanicista, excluída tôda finalidade, a economia não tem outro objetivo senão o da conformidade ao modêlo racional e abstrato escolhido, ao protótipo. *Tout croit si bien dans mon système, disait un économiste distingué, s'il n'y avait ce diable de consommateur!* (p. 279). Como se o consumidor não devesse ser o objeto principal das preocupações do economista. Quantos planejamentos ou planificações eivados dêsse espírito abstracionista!

Dêsse dissídio maniqueísta entre o espírito e a vida, latente no pensamento racionalista moderno, resultou a antinomia da Razão Pura e da Razão Prática em Kant, dualismo donde procedem as escolas filosóficas de Marburgo e de Baden, das quais por sua vez provêm sistemas de filosofia do direito bem característicos, quais sejam, o normativismo de Kelsen e o culturalismo de Radbruch respectivamente.

Na oposição do romantismo ao pensamento iluminista nota-se o mesmo conflito. Os românticos alemães exaltavam os valores vitais e procuravam o concreto, repelindo os abstracionismos desencarnados da experiência humana. Assim deve entender-se a escola histórica do direito, de que foi precursor Adam Müller, um dos maiores românticos. A integração do indivíduo na comunidade foi um dos temas de predileção do romantismo: o assunto preocupou intensamente a Novalis e aos irmãos Schlegel, sendo que para Arnim a verdadeira vida do indivíduo está na comunhão com os grupos históricos (5).

3. Entre os autores do século XVIII cuja influência mais se fêz sentir na vida política, e de um modo particular na obra legislativa da Revolução de 1789, não é possível deixar de lembrar desde logo Jean-Jacques Rousseau. Dirigindo-se não apenas à razão, como faziam os filósofos da época, mas ao sentimento dos leitores, Rousseau tornou-se a mola propulsiva da nova ideologia. O *Contrat social* era o manual de Robespierre e das assembléias revolucionárias, que nele tiveram um Corão, segundo o dito de Mallet du Pan. Inspirou a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão e forneceu elementos para justificar a violência dos jacobinos (6).

---

(5). Ver a respeito JACQUES DROZ, *Le romantisme allemand et l'État*, Payot, Paris, 1966. Augusto Guilherme Schlegel combatia nos sequazes da Revolução o modo anti-histórico de pensar e aconselhava ao seu irmão Frederico a leitura das "Reflexões sôbre a Revolução na França" de Burke, expressão máxima, na Inglaterra, de uma visão histórica da sociedade e do direito (págs. 55 e 56).

(6). *Ce* Contrat social, *qui dissout les sociétés, fut le Coran des discoureurs de* 1789, *des Jacobins de* 1790, *das républicains de* 1791 *et des forcenés les plus atroces.* (*Mercure britannique,* t. II, p. 350, apud H. DELASSUS, *Vérités sociales et erreurs démocratiques,*

No sonhador genebrino tem-se apontado o pai do romantismo (7). Há na sua obra traços que ficarão caracterizando o movimento romântico: o lirismo, a exaltação do indivíduo, a presença atuante da sensibilidade. Nada, porém, de mais oposto ao pensamento dos românticos alemães, preocupados com os fundamentos históricos e tradicionais da sociedade, do que o abstracionismo rousseauniano e a racionalização da vida política delineada no *Contrat social.*

Rousseau por um lado está na linha do pensamento romântico, ao qual se antecipa. Mas por outro, cede ao racionalismo da sua época. Como nota Solari, êle veio dar uma base emotiva à concepção racionalista, então dominante, do direito natural. No estado de natureza vê, da mesma forma que Hobbes, o aspécto sensível e instintivo do homem. Mas à liberdade natural, própria daquele estado, contrapõe a liberdade civil, decorrente da alienação ou entrega total dos indivíduos à sociedade mediante o pacto social. Segue-se então ao estado de natureza um estado de razão, a sociedade se reconstroi por uma planificação racional e a lógica prevalece sôbre o sentimento (8). Aí vemos aquêle mesmo antagonismo entre o espírito e a vida, peculiar aos homens do iluminismo, manifestando-se agora pelo dissídio entre as fôrças vitais espontâneas e a disciplina da sociedade contràtualmente organizada.

É certo que Rousseau não participa do entusiasmo dos iluministas pelas «luzes» do progresso científico e da civilização. Chega mesmo, na sua dissertação premiada pela Academia de Dijon, a considerar que o progresso das ciências e das artes não só não contribuiu para a nossa felicidade, mas aumentou o mal-estar dos homens e favoreceu a corrupção.

Desclée, De Brouwer & Cie. págs. 36-37). Ver também L. VEUILLOT, *Le siècle de Voltaire*, in *Mélanges*, IV. P. Lethielleux, Paris, 1934, p. 95.

(7). C. SENTROUL, *Le romantisme français*, in Anuário da Faculdade Livre de Filosofia e Letras agregada à Universidade de Lovaina, 1916, São Paulo, p. 23.

(8). G. SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, volume I de *Filosofia del diritto privato*, G. Giappichelli, Turim, 1939, págs. 108 a 125.

A volta ao natural é a sua idéia dominante. A natureza que tem em vista, porém, não é a do homem histórico e sim a do homem abstrato, em face da qual Joseph de Maistre dirigia as suas críticas às Constituições francesas (9).

Rousseau é, na verdade, uma expressão típica da atitude mental abstracionista, tão difundida no século XVIII. É o seu expoente, no dizer de Miguel Reale: «o apriorismo de Rousseau, a abstração dos dados históricos, e a sua preferência por argumentos conjecturais baseados em elementos intuìtivamente alcançados, tudo é apenas o caso particular e, digo mesmo, *exponencial* de uma atitude generalizada do espírito na França do século XVIII, o que o leva, *metodològicamente*, a fazer «tabula rasa» da história, transformando a velha idéia do «contrato social» em uma hipótese explicativa da ordem humana, análoga às concebidas pelos físicos para a explicação da ordem cósmica» (10).

Por isso mesmo não admira que o seu nome esteja vinculado ao liberalismo do século XIX, decorrente daquele abstracionismo do século anterior e com os seus regimes constitucionais edificados à base da mesma «abstração dos dados históricos». O pensamento de Rousseau é mais democrático do que liberal, tendo inspirado a democracia jacobina. A organização concebida nas páginas do *Contrat social* corresponde plenamente à idéia do Estado totalitário. Mas o pressuposto sociológico ou o esquema da sociedade política segundo o liberalismo — o Estado sem «sociedades parciais» e

---

(9). Ver principalmente o capítulo VI de *Considérations sur la France*. Escreve ALEXANDRE CORREIA: "O filosofismo do séc. XVIII quis fazer da política um departamento da matemática; tudo deveria ser de antemão calculado, como se cada homem fosse uma unidade matemática, abstrata: origem da sociedade, do govêrno, das constituições políticas, etc., tudo isto existe em função de um princípio abstrato *a priori*; as leis fazem-se para *o homem* e não para *os homens*. Rousseau é a persofinicação dêsse estado de espírito. O conde de Maistre, pelo contrário, repete-nos a cada momento que é preciso fazer da política uma ciência experimental" (*A política de José de Maistre*, separata do Anuário da Faculdade de Filosofia *Sedes Sapientiae*, vol. 21, 1963-1964, p. 29-30).

(10). MIGUEL REALE, *Horizontes do direito e da história*, Edição Saraiva, 1956, p. 156.

tendo diante de si o povo constituído por indivíduos sôltos (11) — ali se delinea, como que a anunciar a famosa Lei Chapelier, que veio suprimir as corporações de ofício e vedar as associações operárias. A legislação revolucionária pôs em prática os ensinamentos de Rousseau, não só destruindo o regime corporativo, mas ainda impondo a Constituição civil do Clero e dissolvendo as congregações religiosas, bem como aniquilando as antigas regiões autônomas e substituindo-as pelos departamentos estatalizados.

É o que nos faz ver François Gazier: «Às instituições complexas do Antigo Regime, viu-se assim suceder um aparelho administrativo único, desaparecendo as diversidades regionais... Os corpos e podêres intermediários foram suprimidos de acôrdo com a ideologia revolucionária e assim o Estado com a sua administração se encontrou ante os particulares, os simples cidadãos, sem intermediários, sem todos aquêles corpos que existiam antes» (12).

O que aconteceu na França veio também a ocorrer noutros países pela aplicação dos mesmos princípios. A formação histórica da sociedade política — que deve servir de base para a organização político-administrativa do Estado — era preterida, cedendo lugar a uma visão ideológica.

4. Como Rousseau foi o corifeu do jacobinismo e da democracia de tipo coletivista, Locke e Montesquieu tornaram-se os dois grandes inspiradores do constitucionalismo liberal. O primeiro pertence ao século XVII. O segundo, pela sua obra sôbre o espírito das leis, é com razão considerado um dos precursores da sociologia jurídica (13). A erudição histórica de Montesquieu, sua preocupação em estabelecer as relações entre a organização política e as circunstâncias variáveis dos diferentes povos, a importância que soube dar ao

(11). Assim concluia Rousseau o capítulo III do livro II do *Contrat social*: *Il importe donc pour avoir bien l'énoncé de la volonté générale qu'il n'y ait pas de société partielle dans l'État.*

(12). F. GAZIER, *Les institutions administratives françaises*, Les Cours du Droit, 1966-1967.

(13). G. GURVITCH, obra citada.

meio físico e social no condicionamento das instituições, tudo isto naturalmente não permite enquadrar suas concepções no abstracionismo que viciou a mente de muitos de seus contemporâneos. Entretanto, não parece exagerado dizer que o próprio Montesquieu não foi inteiramente isento dêste vício, quer pelo seu acentuado legalismo, podendo conduzir a uma visão deturpada e unilateral do direito, quer por haver elevado o sistema de govêrno da Inglaterra a um plano abstrato e ideal (14).

A separação de podêres foi o legado de Montesquieu ao constitucionalismo liberal. Arvorado em dogma pelos constituintes de 1789, êste princípio foi consagrado pelo artigo 16 da Declaração de Direitos em têrmos bem significativos: «Tôda sociedade na qual a garantia dos direitos não fôr assegurada, nem a separação de podêres determinada, não tem constitui-

(14). Gurvitch, depois de louvar o *espírito histórico* de Montesquieu e "sua tendência para a individualização dos fatos" (obra citada, p. 77), faz ver que o autor do *Esprit des Lois* reduz a norma jurídica aos ordenamentos legislativos do Estado. E conclui: *Such a conception is obviously "anti-sociological", for it places the legislator, and more generally the State, beyond real society, and also sets jural regulation outside spontaneous and living social reality. This "legalism" (or juridical positivism), so contrary to the sociological spirit, penetrating Montesquieu's work, strikes us as a glaring contradiction* (p. 79). É sabido que, durante a sua permanência na Inglaterra, Montesquieu foi levado a um grande entusiasmo pelo regime britânico, dêle extraindo o famoso princípio da separação de podêres, quando naquele país — depois da revolução de 1688 — já se afirmava o primado do Parlamento em sentido contrário a êste princípio. Montesquieu, preocupado sempre com "as leis", dava-lhes mais atenção do que à experiência jurídica. Assim é que escreve: *Ce n'est point à moi à examiner si les Anglais jouissent actuellement de cette liberté, ou non. Il me suffit de dire qu'elle est établie par leurs lois, et je n'en cherche pas davantage.* (*De l'esprit des lois*, liv. XI, cap. VI). Tal era o seu entusiasmo pelas instituições inglêsas, que chegava a exagerar nelas os fôros da respeitável genealogia que ostentam: *Si l'on veut lire l'admirable ouvrage de Tacite sur les moeurs des Germains, on verra que c'est d'eux que les Anglais on tiré l'idée de leur gouvernement politique. Ce beau système a été trouvé dans les bois* (idem). Num breve e penetrante confronto de Montesquieu com Vico, nota MIGUEL REALE (obra citada, p. 129) que a erudição histórica daquele não foi sempre "animada de verdadeiro senso de historicidade".

ção». Mably, que considerava falsas as idéias fundamentais da obra de Montesquieu, foi entretanto um fervoroso adepto da separação de podêres. Rousseau e Mirabeau combateram-na, mas o seu triunfo estava assegurado pela influência da Constituição americana e das Constituições francesas, que a acolheram. Finalmente, Kant, em cuja filosofia jurídica estão os pressupostos fundamentais para uma sistematização lógica do liberalismo, aceitou-a também, embora tivesse sabido mitigá-la, preocupando-se com a coordenação entre os podêres e assim procurando pôr a salvo a unidade do Estado, comprometida pelo princípio em questão se aplicado rìgidamente (15).

A separação de podêres era vista por Montesquieu como um meio de evitar o abuso do poder. Tal o seu objetivo, ao formular referido princípio. Em face da monarquia absoluta, queria assegurar as liberdades mediante a limitação do poder real, como, aliás, por outra maneira se fizera nas monarquias tradicionais européias. Espírito conservador, que se inspirava em grande parte na tradição aristocrática da França, preconizava, ao contrário de Rousseau, a manutenção dos corpos intermediários, de sorte que da sua obra pode deduzir-se uma dupla modalidade de limitações ao poder político: a limitação horizontal, pela divisão dos podêres do Estado, e a vertical, através das autoridades sociais devidamente reconhecidas naqueles corpos ou grupos autônomos. Achava-se então em decadência o regime corporativo, e Montesquieu não cogitou com maior atenção da possibilidade de ser o mesmo revitalizado, preferindo apelar para aquêle expediente condensado na conhecida frase: *Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir* (16).

A experiência política dos povos mostrou a ineficácia de tal expediente, ocorrendo aqui o mesmo que com as garantias de direitos. Os textos constitucionais, afirmando a independência e a harmonia dos podêres, não bastavam para evitar

(15). MARCEL DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, *La fin du principe de Séparation des Pouvoirs*, Recueil Sirey, 1934, págs. 27 a 30.

(16). *De l'esprit des lois*, liv. XI, cap. IV.

o despotismo do Parlamento ou o fortalecimento do Executivo, segundo se tratasse de regime parlamentar ou presidencial respectivamente. Da mesma forma pela qual a Declaração de Direitos, nessas mesmas constituições, se reduzia geralmente a uma formulação platônica, em que as liberdades concretas dos homens eram sacrificadas nas aras da Liberdade abstrata do Cidadão.

Tudo isso provinha de uma concepção abstracionista do homem, suscitando por sua vez a confiança cega e ilimitada no legislador, procedendo êste, ao elaborar a lei, como se estivesse fazendo deduções para resolver um problema de matemática. Foi o que Taine, nas páginas de *Les origines de la France contemporaine*, soube mostrar tão sugestivamente (17).

5. Mably e Raynal, contemporâneos de Rousseau, ambos na mesma linha do iluminismo enciclopedista, manifestam de um modo acentuado essa tendencia da sua época e vêem os seus livros alcançar uma grande difusão. Adiantando-se a Comte, com um lineamento da teoria dos três estados, Condorcet, sem o sentimentalismo de Rousseau, leva mais longe o racionalismo que gera o abuso do método dedutivo. A seu ver a única obrigação social é obedecer à razão coletiva da maioria. Repudiando as instituições inglêsas, repele igualmente a política de Montesquieu pelo seu caráter empírico (18).

Do outro lado da Mancha, no país que inspirara Montesquieu, William Blackstone, autor dos freqüentemente citados «Comentários às Leis da Inglaterra», aceitava a teoria da di-

(17). Por sua vez, Oliveira Martins, no seu *Portugal contemporâneo*, mostra, de um modo não menos sugestivo, o que foi o racionalismo politico aplicado ao direito constitucional português, em oposição sistemática ao nacional e ao histórico. "Os números governam o mundo, tinha dito Pitágaros; e os novos idealistas cortaram, riscaram círculos, números, votos, censos; e, depois de tudo bem regulamentado, esperaram que do processo somatório viesse a genuina expressão da vontade dos indivíduos soberanos" (OLIVEIRA MARTINS, *Portugal contemporâneo*, 1907, Parceria Antonio Maria Pereira, Lisboa, p. 437).

(18). Ver de CONDORCET o *Tableau historique des progrès de l'esprit humain* e *De la nature des pouvoirs politiques dans une nation libre.*

visão de podêres, sem dar muita atenção aos fatos da vida inglêsa, e também admitia, na esteira de Rousseau, a idéia do contrato social como um pressuposto explicativo de ordem racional.

Os enciclopedistas encontravam um intérprete na Inglaterra em William Godwin, entusiasta da idéia do progresso e da perfectibilidade humana, como Condorcet, e sonhador de uma sociedade igualitária em que não mais se fizessem necessários os governos (19). Ao seu lado mais três nomes podem ser lembrados, a denotarem o reflexo do iluminismo no pensamento político inglês: Richard Price, defensor dos colonos americanos sublevados e dos revolucionários franceses (20); Joseph Priestley, que, entre suas meditações teológicas e as experiências químicas que o levavam a isolar o oxigênio, encontrava tempo para discorrer sôbre o contrato social, a liberdade natural e a liberdade política e civil, mitigando suas abstrações com um certo utilitarismo (21); e o irrequieto Tom Paine, envolvido nos acontecimentos políticos da América e da França, popularizando as idéias da democracia individualista, com uma concepção dos direitos do homem derivada de Rousseau (22).

6. A escola do direito da natureza e das gentes, constituída depois de Grócio, contribuiu poderosamente para criar êsse estado de espírito propenso ao abstracionismo. Seus adeptos davam ao direito natural um sentido anti-histórico,

---

(19). *Enquiry concerning Political Justice*, 1793.

(20). *Observations on the Nature of Civil Liberty and the Justice and Policy of the War with America*, 1776.

(21). *AnEssay on the First Principles of Government*, 1768 e *Lectures on History and General Policy*, 1788.

(22). *The Rights of Man*, 1791-1792. Esta obra foi dividida em duas partes, publicadas com um ano de intervalo, tendo sido a primeira dedicada a Washington e a segunda a La Fayette. Na primeira parte o autor se opõe com veemência às "Reflexões" de Burke e defende a política da Constituinte. O livro contém uma tradução da Declaração dos Direitos de 1789. De sua difusão e influência bem se pode avaliar tendo presente que em menos de dois anos foram vendidos nada menos de duzentos mil exemplares (Cf. G. SOLARI, obra citada, p. 291, nota 4).

que não tivera entre os gregos, muito menos entre os romanos, nem tão pouco na escolástica medieval, cuja tradição, perdida para além dos Pirineus, se conservava por mais tempo na Espanha e em Portugal.

Na Alemanha do século XVIII Thomasius e Wolff são os nomes mais famosos dessa escola, precedidos por Pufendorf no século XVII. Wolff foi uma expressão altamente característica da *Aufklärung*. Chegou a ser chamado o segundo *praeceptor Germaniae*, tal a influência que exerceu como divulgador da filosofia de Leibniz, influência manifestada mais pelos livros publicados, atingindo um grande número de leitores, do que pelas suas preleções na Universidade de Halle. Tendo-se dedicado à filosofia, à matemática e às ciências naturais, deixou, nos oito volumes do *Ius naturae methodo scientifica pertractatum*, uma exposição de todo o seu sistema.

Dos mais representativos da escola são ainda Burlamaqui (23), na Suíça, e Filangieri (24), na Itália, tendo Benedetto Croce dito dêste último que pregou o Evangelho da razão (25).

Jusnaturalismo racionalista e «filosofia das luzes» conjugaram-se para imprimir às especulações filosóficas sôbre o direito uma nova direção, que se refletiu no domínio da elaboração legislativa. A essas duas correntes de pensamento cumpre acrescentar o liberalismo econômico, desde as suas primeiras manifestações com os fisiocratas até a sua formulação por Adam Smith num sentido mais acentuadamente individualista.

A teoria das liberdades econômicas como direitos inatos e eternos provinha de Locke e, através do jusnaturalismo da época iluminista, chegava a Smith, que na França, acom-

---

(23). *Principes du droit naturel* (1747) e *Principes du droit politique* (1751), reunidos posteriormente nos três volumes de *Principes du droit naturel et politique* (1763).

(24). *Scienza della Legislazione* (1780-1785).

(25). Apud PAUL HAZARD, *La pensée européenne au XVIII ème siècle*, Éditions Contemporaines, Boivin et Cie., Paris, 1946, t. I, p. 206.

panhando a êste país o jovem Duque de Buccleuch de quem era preceptor, fazia relações com Voltaire, Turgot e Quesnay. Para os fisiocratas, seguindo Quesnay, a economia política era a ciência do direito natural aplicada às sociedades civilizadas, tirando os seus preceitos do conhecimento da «ordem natural e essencial das sociedades políticas» (Mercier de la Rivière), da qual devia decorrer a «constituição do govêrno mais vantajoso ao gênero humano» (Dupont de Némours). Algumas de suas concepções, sôbre o valor da agricultura, o direito de propriedade e a sociabilidade humana, eram fundadas na experiência. Antecipavam-se mesmo à moderna idéia do «direito social» (26). Mas restringiam a noção de «ordem natural» à esfera da economia, considerando o Estado uma organização artificial e mecânica. Atribuindo ao «natural» o sentido de «espontâneo», contrapunham à ordem vigente no mundo das relações econômicas a ordem voluntária imposta pelo Estado.

Em fins do século XVIII o racionalismo ingênuo cede lugar ao criticismo. Coube a Kant dar uma expressão radical ao subjetivismo do pensamento moderno. E foi êle também que forneceu os elementos para a teorização da ordem jurídica individualista e do nôvo Estado de direito, decorrentes da Revolução francesa, que tanto o impressionara, quebrando-lhe a frieza habitual (27).

Kant vinha substituir o direito natural pelo direito racional e, com a «Crítica da Razão Pura», derrubava a metafísica wolffiana, para depois, mediante a «Crítica da Razão Prática», colocar o princípio da autonomia da vontade como pedra angular do edifício da sua filosofia moral.

Sua influência ultrapassou os limites da filosofia especulativa e mesmo da filosofia do direito. Receberam-na também os legisladores. É de se notar particularmente na codificação

---

(26). G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, Recueil Sirey, 1932, págs. 236 a 260.

(27). P. SCHRECKER refere-se à "ligação profunda e essencial que une entre si a Revolução de 1789 e a filosofia de Kant", não vacilando em dizer que "ambas eram dois frutos amadurecidos na mesma árvore da autêntica tradição cartesiana" *(Kant et la*

austríaca. E o princípio kantiano da autonomia da vontade chegou a ser apontado como a chave para a compreensão do pensamento jurídico do Visconde de Seabra e do Código civil português de 1867 (28).

Códigos civis e constituições políticas do século XIX manifestam em vários países quanto se generalizou o abstracionismo anti-histórico, que teve por ponto de partida a revolução intelectual operada com o iluminismo.

Révolution Française, in *Revue Philosophique*, número especial consagrado a Revolução de 1789 em face do pensamento moderno, 1939, Setembro-Dezembro, págs. 394-425). Veja-se a obra fundamental a êste respeito de JACQUES DROZ, *L'Allemagne et la Révolution Française*, P.U.F., especialmente o capítulo 1 da segunda parte (filosofia política de Kant). Quanto à influência de Rousseau sôbre Kant, foi tão profunda que Delbos chega a dizer que a Rousseau, mais talvez do que a Hume, conviria a expressão famosa de haver despertado Kant do seu sono dogmático (V. DELBOS *La philosophie pratique de Kant*, segunda edição, Paris, Lib. Félix Alcan, págs. 115-116).

(28). Ver o que escreveu a respeito FRANCISCO JOSÉ VELOZO, no estudo *Orientações filosóficas do Código de 1867 e do futuro Código*, publicado na revista *Brotéria* e transcrito em *Scientia Iuridica*, tomo XVI (Março-Junho 1967), págs. 155 a 235.

Capítulo IV

AS CODIFICAÇÕES DO DIREITO CIVIL

1. Os primeiros códigos civis.
2. Influência do jusnaturalismo racionalista e do individualismo no direito civil.
3. Das declarações de direitos aos códigos civis.
4. O direito romano e a codificação.
5. O Código Civil da Prússia.
6. O Código Civil da França.
7. O Código Civil da Áustria.
8. Em Portugal: da Lei da Boa Razão ao Código Civil.
9. O Código Civil brasileiro.

Capítulo IV

AS CODIFICAÇÕES DO DIREITO CIVIL

1. A unidade da legislação foi o grande motivo inspirador dos códigos que se elaboraram na época moderna. Se o particularismo social da Idade Média permitia, sem maiores inconvenientes, a variedade das normas jurídicas, e não fazia sentir a necessidade de promover a sua sistematização num só corpo de leis, o mesmo não se pode dizer em face das condições criadas pela industrialização e pelo desenvolvimento dos meios de comunicação e de transporte.

Além do mais, procurando unificar-se pollticamente, as Nações modernas encontravam na padronização legislativa um instrumento de afirmação da soberania nacional, facilitando a ação do Estado na sua tendência centralizadora.

Daí o suscitar-se, em diversos países, a idéia da codificação do direito civil, idéia esta que deu origem à sempre lembrada polêmica entre Thibaut e Savigny, na qual, de um lado e de outro, se condensavam os melhores argumentos em favor da nova orientação a ser seguida ou da conservação do sistema — ou da falta de sistema — tradicional.

É certo que perante novas condições sociais a legislação precisa muitas vêzes ser revista, sob pena de se tornar obsoleta e inaplicável. Em oposição ao direito vivo, dispositivos de uma legislação arcaica perdem sua fôrça, contribuem para o desprestígio da lei e tendem a ficar reduzidos a letra morta. Isto não quer dizer, entretanto, que as reformas legislativas devam ser procedidas com abstração do direito histórico, em

afãs ideológicos pelos quais o jurista vem a cair num alheamento em relação ao sentido mais profundo da formação nacional e das instituições tradicionais, cuja revisão nunca deve significar uma subversão total.

Ora, acontece que as primeiras grandes codificações foram redigidas no clima do iluminismo e quando as idéias do liberalismo revolucionário se propagavam entre os juristas e os homens de prestígio político. Ressentiram-se, pois, muitas vêzes — mais umas, outras menos — das influências de maior fôrça na época de sua elaboração. Solari, em obra fundamental sôbre o assunto, depois de ter feito notar que o direito privado consagrado nos Códigos modernos deve aos jusnaturalistas as suas bases filosóficas, assim se refere às influências recebidas pelos Códigos civis da Prússia, da França e da Áutria: «Na codificação prussiana com efeito é evidente a influência do eudemonismo jurídico dominante na Alemanha com a escola de Wolff; no Código francês a fôrça da tradição jurídica em união com a corrente liberal inglêsa e fisiocrática acabou por triunfar sôbre as doutrinas absolutistas de Montesquieu e de Rousseau, enquanto o Código austríaco deve considerar-se mais diretamente inspirado nos princípios da filosofia kantiana» (1).

2. Segundo observa o mesmo autor, a escola do direito natural, em suas aplicações ao direito privado, manifesta-se na forma de um racionalismo subjetivista. Trata-se do direito natural posterior a Grócio e desviado da tradição escolástica medieval, que a partir do século XVI continuava sendo cultivada com brilho na Espanha e em Portugal mas se tornava cada vez mais desconhecida nos países de além-Pirineus. Aquêle racionalismo subjetivista inseria-se na linha de pensamento vindo da Renascença e que conduziria ao individualismo da Revolução de 1789. Para preparar êste individualismo, cujas origens mais remotas estão na exaltação renascentista do indivíduo, muito contribuíram o protestantismo e a filosofia cartesiana.

(1). G. SOLARI, obra citada, págs. 12 e 58-59. Quanto ao Código Civil francês cumpre destacar uma notável tese recentemente publicada: ANDRÉ-JEAN ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code Civil français*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969.

As modificações introduzidas no direito privado pelos fins do século XVIII obedecem a uma inspiração individualista, cosmopolita e excessivamente valorizadora da sistematização legislativa.

Destinando-se a assegurar ao indivíduo as prerrogativas decorrentes da própria natureza, que lhe permitem desenvolver a personalidade e exercer amplamente a liberdade, os Códigos geralmente têm em vista um mundo jurídico formado apenas de relações interindividuais, com menosprêzo pelo caráter institucional dos grupos. Nesse mundo a figura típica é o contrato ou acôrdo de vontades, sendo êste conceito aplicado até mesmo ao casamento, sem se levar em conta a instituição da família com as suas exigências, decorrentes também da ordem natural e dos fins superiores da sociedade. Na sistemática de tais Códigos prevalece a consideração do direito individual (2). Estamos em face do indivíduo «considerado como a única realidade, abstraído da história da própria sociedade», daí resultando que «o direito público, quando não é sacrificado aos fins do indivíduo, é fruto do acôrdo dos particulares e deriva por contrato do direito individual» (3).

Donde o podermos dizer com Solari: «A codificação não deve considerar-se de um ponto de vista puramente técnico ou

(2). C. BEUDANT, *Le droit individual et l'État*, 2.ª edição, Paris, 1891.

(3). G. SOLARI, obra citada, p. 56. Cf. J. BRETHE DE LA GRESSAYE e M. LABORDE-LACOSTE, *Introduction générale à l'étude du Droit*, Recueil Sirey, 1947, p. 31: "Em suma, só o indivíduo tem direitos; a sociedade civil, representada pelo Estado, não tem senão deveres: respeitar os direitos individuais e assegurar a sua coexistência". A concepção individualista exerceu imensa influência sôbre tôda a organização *política*, *civil*, *econômica* e *social* na França e nos países da Europa e da América que adotaram as idéias da Revolução francêsa: "Do ponto de vista *civil*, o indivíduo deve ter o meio de salvaguardar sua liberdade; na família êle poderá divorciar-se; a propriedade individual lhe conferirá um domínio absoluto sôbre a coisa, mesmo o direito de destruí-la por puro capricho; enfim, a vontade das partes, melhor que a do legislador, regulamentará as relações entre indivíduos; daí a preponderância do contrato, não passando a lei de um mal necessário" (idem).

jurídico, nem como simples coleção de máximas jurídicas tendentes a satisfazer a necessidade de uniformização legislativa e as exigências da prática, nem ainda como um instrumento de unificação política e legislativa. Escopos de tal natureza poderão certamente apressá-la e favorecê-la, porém não a explicam, sobretudo não constituem a sua razão de ser. A codificação significa mais do que a unificação formal do direito privado: ela é a expressão positiva de um sistema filosófico, ela foi no século XVIII a atuação da idéia individual na ordem das relações civis. Por êste aspecto a codificação corresponde no campo do direito privado àquilo que foram as Declarações de direitos e as Constituições no campo do direito público, outras tantas expressões de um determinado credo filosófico. Como estas últimas eram dirigidas a garantir a liberdade política dos cidadãos nas suas relações com o Estado, assim as codificações objetivavam assegurar a liberdade civil do indivíduo na sua vida privada contra as indevidas ingerências do poder político. O movimento de emancipação política não podia andar separado do movimento de emancipação civil: as Constituições e os Códigos consubstanciam a ambos» (4).

O cosmopolitismo de tal concepção é uma conseqüência de ter a mesma como ponto de partida o indivíduo isolado, expressão da natureza humana em abstrato — independentemente das contingências e circunstâncias concretas que diversificam os indivíduos entre si — e desvinculado dos grupos nos quais exerce a sua atividade, ou seja, o homem do «estado de natureza», cuja imagem, antes de Rousseau, havia sido delineada por outros autores, particularmente Hobbes e Locke.

3. Se as declarações de direitos traduziam uma aspiração sem fronteiras, da mesma forma as constituições deveriam estabelecer um regime ideal válido para todos os povos, e até mesmo os códigos civis surgiam, aos olhos de muitos, à maneira de uma racionalização da vida jurídica em plano abstrato.

Nesse sentido o Código modêlo por excelência foi o francês, seguido por legisladores de outros povos no trabalho

---

(4). G. SOLARI, obra citada, p. 57.

da codificação. Passou-se com o Código Civil francês algo de semelhante ao ocorrido com a Constituição dos Estados Unidos. Esta última, elaborada com algumas influências ideológicas peculiares à época, teve sobretudo o cunho de um instrumento pragmático dentro das condições reais das colonias inglêsas então emancipadas. Tratava-se de uma lei em conformidade com o direito histórico. Outras nações do continente, que posteriormente procuraram organizar-se segundo o exemplar da democracia norte-americana, ao adotarem êste padrão constitucional, instauravam uma ordem jurídica sem fundamentação na realidade histórica e, por isso mesmo, destinado a provocar ou agravar constantes crises políticas. Por sua vez o Código Napoleão não foi um corpo de leis meramente ideológico, pois até pelo contrário estava baseado na tradição francesa, mas para povos de formação jurídica diferente se tornava naturalmente inadequado.

4. O direito romano, na medida em que servia de base à legislação civil moderna, era por alguns considerado uma expressão do direito natural. E a seu respeito é interessante notar a diferença de critério com que o consideravam os juristas medievais e aquêles que, depois da Renascença, começaram a estudá-lo segundo o *mos gallicus*. Na Idade Média houve uma adaptação do direito romano à sociedade daquele tempo, comparável à assimilação da filosofia grega pela filosofia cristã. Os comentaristas e os que cultivavam o direito romano segundo o *mos italicus* não foram meramente receptivos, mas exerceram uma atividade criadora, pela qual merecem um paralelo com os próprios juristas de Roma. Assim os julga Koschaker, opondo-lhes os que adotaram o *mos gallicus*, para os quais o direito romano era tomado na sua significação original, sem a preocupação de juristas práticos e criadores (5).

---

(5). P. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho Romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, págs. 179-180. Escreve o mesmo autor: "O jurista medieval se acerca do *Corpus Iuris* autoritário em atitude submissa e com uma carência total de sentido histórico". Faltava-lhe, é verdade, o sentido histórico do direito romano, que os humanistas se empenharam em reviver no seu significado autêntico. Mas depois do humanismo — com o *mos gallicus* — se por

O direito romano era a *ratio scripta*. O nôvo Código devia ser expressão da razão universal, revestido por isso mesmo do atributo da imutabilidade. Na França a reverência ao seu texto chegava ao máximo com a escola de exegese, colocando-o acima de qualquer interpretação que não fôsse a de descobrir a intenção do legislador. Todo o direito devia caber definitiva e exaustivamente dentro dêle, não sendo de admirar, diante dêsse fetichismo da lei, que um professor de Direito tivesse chegado a dizer: «Eu não conheço o direito civil; só ensino o Código Napoleão» (6). Ilusão desfeita pelo retalhamento a que, com o correr dos anos, foi submetido êsse mesmo Código, cujos dispositivos começaram a ser alterados por numerosas leis promulgadas para atender a novas situações, gerando por vêzes a «revolta dos fatos contra o Código», segundo a expressão de um conhecido autor (7).

5. Do projeto do Código Civil prussiano foi dito ter sido uma «idealização do direito romano» (8). Quando Frederico Guilherme I encarregou Samuel von Cocceji de elaborá-lo, tinha em vista um direito territorial estável e eterno. Por sua vez Frederico o Grande, confirmando a nomeação, pela ordenação de 31 de Dezembro de 1746, recomendava que se estabelecesse um nôvo direito prussiano baseado sôbre a razão pura e sôbre os princípios constitucionais do País, *bloss auf die Vernunft und Landesverfassung.*

Monarca perfeitamente ajustado ao modêlo ideal de soberano do despotismo esclarecido, Frederico II tinha a sua mentalidade formada pelo iluminismo do século XVIII e patro-

---

um lado se recuperou êsse *sentido histórico do direito romano*, por outro se perdeu o senso da *historicidade do direito vivo*, tão apurado no jurista medieval, para o qual o direito romano era concebido como um elemento integrante do direito vigente e transformado pelas condições da época.

(6). Apud J. BONNECASE, *Science du Droit et Romantisme*, Recueil Sirey, 1928, p. 9.

(7). GASTON MORIN, *La révolte des faits contre le Code*, 1920. Do mesmo autor: *La loi et le contrat. Décadence de leur souveraineté*, 1927 e *La révolte du droit contre le Code*, Recueil Sirey, 1945.

(8). LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, *apud* SOLARI, obra citada, p. 79.

cinava o direito natural racionalista. O Código prussiano obedecia à tendência de tudo prever com a lei e abranger em seus artigos todos os casos possíveis. Ao magistrado pretendeu-se mesmo vedar qualquer interpretação da lei, e uma outra ordenação do mesmo Frederico determinava que, em caso de silêncio ou ambigüidade do texto, se recorresse a uma Comissão legislativa. Tal orientação não prevaleceu no Código, dispondo êste que, ao decidir, o juiz devia atender ao motivo da lei, e sendo esta omissa, aplicar os princípios gerais do próprio Código ou recorrer à analogia tendo em vista casos semelhantes legalmente previstos.

6. Na França a obra da codificação foi preparada pelas ordenações do chanceler D'Aguesseau e pelas grandes sistematizações de Domat e Pothier. Depois de 1789 a idéia de um Código não podia deixar de sofrer a influência dos princípios inspiradores da Revolução. Por isso mesmo quando a Convenção começou a empreender os trabalhos de elaboração da lei unificadora do direito civil, desde logo o individualismo então dominante assinalou os projetos de 1793 e 1794. Era o tempo em que a lei Chapelier dava um golpe de morte no regime corporativo e em que triunfava a idéia de Rousseau condenando tôda sociedade intermediária e colocando o indivíduo só em face do Estado. Restava a família, associação natural ainda reconhecida pelos revolucionários, mas os primeiros dispositivos votados nas leis que instituiam o divórcio reduziam o casamento a um instituto de caráter meramente contratual, fazendo-o depender exclusivamente da vontade dos cônjuges (9). Aquêles dois projetos apresentados na Convenção foram seguidos de um terceiro, no tempo do Diretório, tendo por principal autor Cambacérès e revestindo-se dos mesmos característicos dos anteriores, isto é, um cunho acentuadamente

---

(9). O divórcio, por decreto de 20 de Setembro de 1792, era admitido pela vontade de um só cônjuge e por incompatibilidade de gênio. Pelos decretos de 23 e 28 de Abril de 1794, podia ser pronunciado pela separação de fato durante mais de seis meses. A tendência individualista e igualitária manifestava-se também no enfraquecimento da autoridade paterna e na plena equiparação entre os cônjuges quanto à direção e administração da sociedade conjugal.

individualista, com o desprêzo pelos elementos empíricos e históricos. Tratava-se de um código filosófico, concebido como que fora do tempo e do espaço, um código da natureza segundo esta se apresentava à ótica dos revolucionários.

Entretanto, as tendências para o fortalecimento da autoridade e a restauração da ordem nos dias do Consulado imprimiram nova orientação aos trabalhos de elaboração do Código. Surgiu êste afinal como obra da vontade de Napoleão e da mente de Portalis (10). Ora, convém lembrar que êste jurista, vulto proeminente na Comissão nomeada pelo decreto consular de 24 Thermidor do Ano VIII (12 de Agôsto de 1800), poucos anos antes, quando exilado na Alemanha, escrevera precisamente um «Ensaio sôbre o uso e o abuso do espírito filosófico no século XVIII», criticando acerbamente a filosofia dos Enciclopedistas e da Convenção. Portalis passou dois anos em Holstein, residindo no castelo de Emkendorf, propriedade da família dos Reventlow, centro de reação pietista contra o livre pensamento e o racionalismo. Seu filho José casou-se com a filha adotiva de Fritz von Reventlow, que muito apreciava a conversação do jurista francês. Durante os anos passados na Alemanha, Portalis teve oportunidade de entrar em contato com Niebuhr, Klopstock, Jacobi e outros, sendo-lhe dado considerar as ressonâncias da Revolução francesa no pensamento alemão e firmar as suas convicções favoráveis a um regime moderado e de base histórica, tal como resultava das idéias políticas do romantismo naquele país. Voltou à França depois do golpe de Estado do 18 Brumário, chegando a ser Conselheiro de Estado. Na Comissão encarregada do projeto do Código Civil, entre Tronchet, representante da corrente revolucionária, e Bigot-Préameneu, expressão do Antigo Regime, Portalis foi quem marcou o Código com seus traços característicos, realçados no famoso «Discurso preliminar». Escapando de ser o Código filosófico e abstrato anunciado pelos trabalhos da Convenção e reintegrado na tradição constituída desde os tempos do chanceler D'Aguesseau, nem por isto deixou o *Code Napoléon* de ser um instrumento da ação revolucionária, con-

(10). G. SOLARI, obra citada, p. 167.

tribuindo para a secularização do direito e para o triunfo do individualismo.

7. Êste individualismo, vamos encontrá-lo também no Código austríaco, sob a modalidade que assume com a filosofia jurídica de Kant. A Áustria oferece-nos um exemplo bastante esclarecedor das influências exercidas no terreno da legislação pelo racionalismo do século XVIII, ali se manifestando sucessivamente através do iluminismo e do criticismo. O iluminismo predomina mercê da atuação de José II, um dos monarcas que mais se deixaram impregnar pelos ideais da *Aufklärung*, e inspira o projeto primitivo redigido por uma comissão sob a presidência de Martini. O espírito do criticismo kantiano passa a prevalecer na fase derradeira, graças à contribuição decisiva dada por Zeiller, relator da comissão revisora do projeto Martini e fiel intérprete do pensamento jurídico do filósofo de Königsberg (11).

No projeto primitivo — o *Urentwurf* devido principalmente a Martini, que era professor de Direito Natural e de Direito Romano na Universidade de Viena — reflete-se o eudemonismo jurídico próprio do iluminismo, segundo as mesmas diretrizes ideológicas do Código Civil prussiano. Num caso e noutro a sistematização do direito e as inovações introduzidas são bem explicáveis dado o ambiente reinante em tôrno daquelas figuras típicas do «despotismo esclarecido»: Frederico da Prússia e o Imperador José II. Entendia-se o fim do Estado — *die allgemeine Wohlfart* — em função do progresso a ser promovido, mediante reformas sociais e jurídicas, pelo soberano dotado de amplos podêres para retirar o seu povo do obscurantismo em que, ao ver dos iluministas, o traziam emperrado as velhas tradições. A felicidade individual e o aperfei-

(11). No reinado de Leopoldo I fôra feita uma compilação legislativa, o *Codex Austriacus*. Para o conhecimento do direito privado territorial existiam a *Kompilation der vier Doktoren* (1657) e o projeto de *Landtafel* de Schwarz, ainda mais antigo (1609). A Imperatriz Maria Teresa nomeou uma *Kompilationskomission*, tendo em vista a unificação do direito civil nos Estados austríacos. Ao *Codex Theresianus* daí resultante (1776) seguiram-se o *Josefinisches Gesetzbuch* (1786), o *westgalizisches Gesetzbuch* (1797) e finalmente o *allgemeine bürgerliche Gesetzbuch* (1811).

çoamento coletivo deviam ser a meta do legislador, a contribuir de um modo positivo não só para a segurança dos súditos mas também para a satisfação das necessidades e tendências da natureza humana. Neste sentido era bem significativo o artigo primeiro do projeto primitivo, considerando jurídico tudo o que é bom em si mesmo e que, nas suas relações e conseqüências, produz efeitos benéficos em vista do bem estar geral, assim confundido o campo do direito com o da moral (12). Acolhiam-se os ensinamentos do jusnaturalismo racionalista, traçando uma programação para a ordem jurídica positiva, na idéia de que os direitos naturais, imperfeitos e indeterminados, encontram na vontade do príncipe a condição formal e necessária para que passem a vigorar como direitos positivos e perfeitos. Por outro lado procurava-se coligir as normas consuetudinárias e de direito escrito existentes, harmonizando-as entre si segundo um critério racional e aperfeiçoando-as com as lições tiradas dos melhores intérpretes, bem como do cotejo com as leis estrangeiras (13).

A êsse eudemonismo iluminista opôs-se Kant com a sua noção de direito como conjunto de condições limitativas da liberdade e tendo em vista essencialmente a sua coexistência. Na época da revisão do *Urentwurf* austríaco o racionalismo wolffiano, inspirador dos sistemas de direito natural ensinados ao tempo de Martini, começava a perder o seu prestígio ante a poderosa crítica kantiana. Vimos então uma nova orientação nos trabalhos do Código, devida ao relator Zeiller, orientação esta em que o ponto de vista formal é mais acentuado na elaboração da norma jurídica, distinta da moral, sendo porém o rigoroso formalismo apriorístico de Kant atenuado por considerações práticas em vista dos objetivos da legislação civil.

Descendo a particularidades, é de se notar a influência de Kant na doutrina da posse acolhida pelo Código austríaco, no modo de entender as relações entre posse e propriedade,

(12). O citado artigo define o direito *alles was an sich selbst gut ist, was nach seinen Verhältnissen und Folgen etwas Gutes enthält, oder hervorbringt, und zur allgemeinen Wohlfart beiträgt.*

(13). À comissão encarregada do Código Teresiano era recomendado ter sempre em vista "o direito universal da Razão" (*das allgemeine Recht der Vernunft*).

ou no conceito de obrigação. Em alguns pontos — como em matéria de culpa ou no concernente às relações patrimoniais entre os cônjuges — o critério seguido afasta-se do pensamento jurídico kantiano.

O direito das sucessões foi uma das partes do Código mais assinaladas pelo cunho individualista. Neste sentido é interessante confrontar — como o faz Solari — as posições de Kant, Martini e Zeiller. Kant só considerava de direito natural a sucessão testamentária. Para Martini o direito hereditário se apresentava como conseqüência do domínio, resultando da faculdade reconhecida a cada um de dispor livremente daquilo que lhe pertence. Quanto a Zeiller, recusando a justificação dêsse direito em princípios de razão, procurava fundamentá-lo em motivos de direito público. O respeito escrupuloso à vontade declarada ou presumida do testador constituiu o eixo em tôrno do qual foi a matéria regulamentada pelo Código. O ponto de vista do direito real, dependendo da vontade do titular, prevalecia sôbre as considerações decorrentes dos interêsses da família (14).

As regulamentações do Código prussiano atinentes ao assunto procediam ao mesmo tempo do respeito à liberdade individual e às exigências da vida familiar, daí decorrendo o sistema testamentário e o sistema sucessório doméstico, êste tratado no direito de família e aquêle no título consagrado à aquisição da propriedade. O Código francês dispõe sôbre a matéria no Livro III, ao tratar da aquisição da propriedade. E no Código austríaco o direito hereditário foi colocado entre os direitos reais, ao lado da posse, da propriedade, da servidão e do penhor.

8. O direito civil português, da Lei da Boa Razão ao Código de 1867, acusa na elaboração legislativa influências procedentes das mesmas correntes de idéias que atuaram na França e nos países germânicos. Assim, numa primeira fase domina o jusnaturalismo abstrato e se difunde, sob o patrocínio de Pombal, a mentalidade progressista dos homens do ilu-

(14). G. SOLARI, obra citada, págs. 274-275.

minismo, ao passo que o individualismo crítico marca, através do Visconde de Seabra, a obra da codificação (15).

Regia-se o direito civil em Portugal pelas Ordenações Filipinas, especialmente no seu livro IV, corpo de leis que desde 1603 — durante o domínio espanhol — sucedera às Ordenações Afonsinas e às Manuelinas e que tinha por complemento as chamadas leis extravagantes. Tratava-se de uma legislação antiquada, prolixa e inçada de defeitos, que, uma vez atualizada e sistematizada, devia assim mesmo fornecer o material para a codificação, pois apesar de tudo se adaptava às realidades sociais da vida portuguêsa. Estendendo-se ao Brasil, ficou vigorando entre nós por mais tempo, até aos primeiros anos da República, antes de ser promulgado o Código Civil brasileiro, posterior de cinqüenta anos ao Código Civil português.

Dêsse rumo começava a desviar-se o direito lusitano na época pombalina, com as reformas legislativas então operadas, e pela propagação das idéias e dos métodos do jusnaturalismo racionalista e do *usus modernus pandectarum*. A publicação do *Verdadeiro Método de Estudar* de Luís António Verney, em 1746, abria uma nova fase no ensino universitário e marcava o início da difusão daquelas idéias.

Se bem que se exaltassem algumas tradições jurídicas nacionais, o que sobretudo passou a prevalecer daí em diante nos trabalhos legislativos foi a preocupação com as transformações havidas nas nações «polidas» e «iluminadas» — segundo a linguagem então usual — e com o critério elástico e impreciso da Boa Razão, a *recta ratio* dos jusnaturalistas, erigida pela famosa lei de 18 de Agôsto de 1769 em suprema instância da sistemática legislativa.

Esta lei — refletindo as mesmas tendências inspiradoras do Código da Prússia e do Código Teresiano, no seu apêlo ao direito universal da Razão — vinha permitir, mediante novos

---

(15). Além das obras citadas de CANDIDO MENDES DE ALMEIDA e FRANCISCO JOSÉ VELOZO, ver L. CABRAL DE MONCADA, *Estudos de História do Direito*, volume I, *Acta Universitatis Conimbricensis*, 1948, p. 218 e seguintes, e GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*, in *Scientia Iuridica*, tomo IV (Março-Junho 1955), p. 234 e seguintes.

processos de interpretação e de integração das lacunas da lei, a adaptação do direito das Ordenações à linha doutrinária oriunda da «filosofia das luzes». A nova hermenêutica adicionava-se às reformas legislativas — levadas a efeito no tocante aos emprazamentos, aos contratos de usura, ao concurso de credores, à regulamentação jurídica dos vínculos e ao direito das sucessões — como um elemento a mais para impulsionar a transformação da ordem jurídica.

Desprezando o direito canônico e o direito romano, admitia êste último na qualidade de direito subsidiário sòmente quando seus dispositivos fôssem conformes àquela Boa Razão constituída pelos «primitivos princípios, que contêm verdades essenciais, intrínsecas e inalteráveis, que a ética dos mesmos romanos havia estabelecido e que os direitos divino e natural formalizaram para servirem de regras morais e civis», e ainda pelas «outras regras que, de universal consentimento, estabeleceu o direito das gentes para direção e govêrno de tôdas as nações civilizadas» ou pelas «leis políticas, econômicas, mercantis e marítimas que as mesmas nações cristãs têm formulado com manifestas utilidades do sossêgo público, do estabelecimento da reputação e do aumento dos cabedais dos povos, que com as disciplinas destas sábias e proveitosas leis vivem felizes à sombra dos tronos e debaixo dos auspícios dos respectivos monarcas e príncipes soberanos». Tudo numa linguagem bem característica do tempo.

Por sua vez os Estatutos Pombalinos da Universidade de Coimbra fixavam regras para orientar o intérprete no sentido de verificar a conformidade ou não dos preceitos de direito romano com o princípio estabelecido por aquela lei, acrescentando mais um critério interpretativo, a saber, «o uso moderno das mesmas leis romanas entre as sobreditas nações, que hoje habitam a Europa», sendo tidas por aplicáveis tais leis quando referidas nações as observem e as guardem.

Dispunham a seguir os Estatutos que «para se instruirem no dito *uso moderno* se aproveitarão os professores do útil e apreciável trabalho que para o mesmo fim se acha já feito por grande número de jurisconsultos em diferentes livros». Era isto fazer das obras de Heineccius, Thomasius, Struve, Stryck, Böhmer e outros, fontes subsidiárias do direito, orientação que veio efetivamente a vingar nos assentos da Casa da Suplicação,

que tinham fôrça de lei, e da qual o grande oráculo foi Paschoal José de Mello Freire nas *Institutiones Iuris Civilis Lusitani* (16).

Na vanguarda dos jurisconsultos que utilizaram os códigos estrangeiros como expressão do *uso moderno* está Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), preconizando a aplicação dos mesmos com fundamento na Lei da Boa Razão. Gouveia Pinto, no *Tratado dos Testamentos,* serve-se do Código prussiano. Corrêa Telles, no *Digesto Português,* e Coelho da Rocha, nas suas *Instituições,* utilizam o Código francês, o prussiano, o austríaco e também o da Sardenha.

O individualismo liberal penetrou em Portugal depois da Revolução de 1820, dando origem a importantes reformas legislativas no âmbito do direito público, sem alterar em quase nada o direito privado, onde se notam apenas algumas pequenas modificações como reflexos de outras mais profundas na administração ou no processo. Os decretos de Mousinho da Silveira sôbre a maioridade e a emancipação, ou sôbre a tutela dos menores, a lei do registro de hipotecas e a de Palmela regulamentando os prazos da Coroa e respectiva remissão são de bem pouca significação em face das reformas operadas no direito constitucional, no direito administrativo, na organização judiciária, no processo e no direito financeiro. E o próprio Código comercial de 1833 não trazia inovações de grande vulto.

Assim o direito público sofria muito mais as conseqüências das lutas políticas do tempo, o que é perfeitamente explicável, dadas as relações entre seus institutos e a atividade do

(16). Quanto à jurisprudência da Casa da Suplicação, Guilherme Braga da Cruz, no mencionado estudo, cita alguns curiosos assentos, bastante expressivos. Tal, por exemplo, o de 23 de Novembro de 1769, fixando doutrina sôbre o preceito das Ordenações que exigia escritura pública para os contratos de dívida excedentes à quantia de sessenta mil réis e dizendo que essa exigência não deve aplicar-se aos mercadores e homens de negócio porque "as suas obrigações, procurações e formas delas, não havendo sido tratadas, reguladas e decididas pelas leis dêste Reino, se devem sòmente regular pelas leis marítimas e comerciais da Europa iluminada, pelo direito das gentes, e costumes louvável e geralmente praticados pelas nações comerciais da mesma Europa".

poder do Estado, o mesmo ocorrendo no Brasil. Mas a elaboração do nôvo Código Civil deu margem a que a orientação individualista transpusesse os limites do direito privado português, enquanto o Brasil, já constituindo um Império separado da Mãe Pátria, mantinha o mesmo sistema legislativo das Ordenações.

9. Redigido em meio às vitórias políticas do liberalismo em Portugal e quando o Código Napoleão exercia fascínio poderoso sôbre os mestres de direito, o Código Civil português veio a receber uma influência das idéias individualistas bem mais acentuada do que, mais tarde, o Código brasileiro. E comparados um e outro, é curioso notar como o direito civil brasileiro se conservou mais ligado ao direito histórico, isto é, ao velho direito português, fonte principal da obra produzida por Clóvis Bevilaqua, cujo projeto encontrou, na Comissão Revisora, um ardoroso adepto da tradição em Andrade Figueira, que procurou reforçar a fidelidade ao direito histórico e se opôs decididamente às inovações radicais.

Para chegar a êste resultado, contribuiram sem dúvida a jurisprudência e a doutrina, não sendo possível esquecer o grande nome de Teixeira de Freitas, cuja Consolidação das Leis Civis preparou o terreno para a orientação a ser seguida no futuro Código, dela podendo dizer-se que fêz «cair em desgraça, duma vez para sempre, várias inovações preconizadas pela corrente progressista, que o direito brasileiro, ao contrário do direito português, nunca mais aceitaria» (17).

Aos grandes civilistas brasileiros — um Teixeira de Freitas, um Lafayette, um Clóvis Bevilaqua, um Lacerda de Almeida — nunca faltou o senso da historicidade, quer na interpre-

(17). GUILHERME BRAGA DA CRUZ, obra citada, p. 258. Não deixou de haver no Brasil juristas entusiastas das inovações inspiradas nas novas legislações do Velho Mundo ou nos ensinamentos dos autores de além-mar que mais propagavam a orientação individualista. Basta lembrar a idéia de se adotar o "Digesto Português" de Corrêa Telles como Código Civil para a Nação brasileira, o que entretanto esbarrou desde logo com o parecer desfavorável da Ordem dos Advogados, em resposta à consulta do Ministro da Justiça, Mattoso Camara.

tação do direito vigente, quer na atuação pessoal renovadora que, em maior ou menor proporção, lhes foi dado exercer, traçando rumos doutrinários (18).

O mesmo, infelizmente, não se pode dizer dos nossos constitucionalistas, pelas razões que se aduzirão no capítulo seguinte.

(18). Quanto ao legislador, em matéria de direito civil, cumpre recordar êste depoimento de Paulo Merêa: "o legislador brasileiro não teve dúvida em aproveitar-se largamente dos elementos que lhe forneciam as legislações civis mais recentes e perfeitas", mas "acima de tudo pairou a preocupação de consolidar oficialmente, sob uma forma científica, a obra do passado — não as velhas Ordenações e os seus preceitos obsoletos, mas a obra sôbre elas lenta e sàbiamente edificada, graças à colaboração harmoniosa dos órgãos legislativos, da doutrina e da jurisprudência" (apud G. BRAGA DA CRUZ, lugar citado).

Capítulo V

TENSÃO ENTRE A NORMA E A REALIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL

1. Diversos significados de constituição.
2. Constitucionalismo histórico e constitucionalismo abstrato.
3. Voluntarismo jurídico e absolutismo democrático na moderna teoria do Poder Constituinte.
4. A crítica de Rosmini ao abstracionismo constitucionalista.
5. Direito constitucional e realidade constitucional no Brasil e nos países iberoamericanos.
6. Paraconstituição e contraconstituição.
7. O problema constitucional da hora presente.

Capítulo V

TENSÃO ENTRE A NORMA E A REALIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL

1. Se a idéia de uma lei fundamental remonta a sociedades de longínquos tempos, em que o poder já estava enquadrado numa ordem jurídica e limitado por fôrças sociais efetivamente atuantes, o fato é que ela passou a ter uma significação peculiar. de matiz ideológico, especialmente depois da Revolução de 1789.

As três revoluções já mencionadas — as da Inglaterra, dos Estados Unidos e da França — forneceram elementos para uma elaboração doutrinária do que veio posteriormente a chamar-se o *Estado de direito* ou o *regime constitucional.*

O cunho ideológico inerente daí por diante à idéia da lei fundamental, denominada constituição, manifesta-se desde logo, naquele famoso artigo 16 da Declaração de Direitos, fazendo da separação de podêres uma das condições para um regime poder ser considerado constitucional.

Aliás, num sentido amplo tôda sociedade política tem a sua constituição, seja qual fôr o regime adotado. Dá-se com as sociedades o mesmo que com os organismos vivos. Êstes *se constituem* segundo as leis biológicas, aquelas através de uma formação histórica.

Num sentido mais estrito, a constituição significa a lei fundamental do Estado, e ainda neste caso o conceito se aplica a todo e qualquer Estado, mesmo que seja totalitário ou num

regime de absolutismo, quando a *lex suprema* se identifica com a vontade do príncipe. Lembremos a respeito os diversos significados de *lex fundamentalis* dados por Carl Schmitt, entre os quais a noção kelseniana de constituição como norma última num sistema de imputações normativas (1).

Finalmente num terceiro sentido, ainda mais estrito, a constituição designa uma espécie de contrato, pelo menos tácito, entre os governantes e os governados, pelo qual aquêles têm os seus podêres limitados e devem reconhecer a êstes certos direitos ou liberdades intangíveis.

Na primeira destas acepções, a palavra *constituição* não se restringe ao Estado ou às sociedades políticas, e ao lado do direito constitucional do Estado podemos assim falar no direito constitucional da família ou no da emprêsa econômica. Desta acepção de maior amplitude, destaca-se o terceiro e estritíssimo sentido, o da constituição como lei pactuada entre os governantes e os governados, idéia a que já obedece a Magna Carta de João Sem Terra — um dos primeiros e raros textos escritos da constituição britânica — e que modernamente encontra sua expressão na constituição como lei magna elaborada por um poder revestido de função criadora na ordem jurídica, o poder constituinte (2).

No primeiro caso tomamos a palavra *constituição* por analogia com a *constitutio corporis*, ao passo que neste derradeiro significado ela se prende à derivação de *cum statuere*, que lhe pode ser também atribuída. Depois da primeira constituição política escrita e sistemática dos Estados modernos, a Constituição americana, promulgada precisamente nos fins do século XVIII, vemos generalizar-se o regime constitucional à base de leis fundamentais elaboradas por assembléias constituintes, estatuindo a disciplina do poder em função de princípios eivados de um abstracionismo jurídico e decorrentes de idéias semeadas na época iluminista.

(1). CARL SCHMITT. *Verfassungslehre*, § 5, 3.ª edição, Duncker & Humblot, Berlim, p. 42.

(2). Trata-se então da constituição política. Sôbre a moderna teoria do poder constituinte, além da obra citada de CARL SCHMITT, ver EGON ZWEIG, *Die Lehre von Pouvoir Constituant: Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1909.

Surgem por tal forma as constituições como produto da vontade dos homens que, na qualidade por êles invocada de representantes do povo, reunidos em assembléias de podêres especiais, redigem a lei fundamental do Estado. Têm, pois, as mesmas um caráter convencional, ainda no caso das cartas outorgadas, pois estas vêm a ser o resultado de uma declaração da vontade do titular da soberania reconhecendo os direitos dos seus súditos e comprometendo-se a respeitá-los.

2. A experiência da União americana nos apresenta as atividades dos fundadores de um nôvo Estado, ao qual cumpria dar uma estrutura constitucional. Vinham desempenhar a tarefa quando as idéias do século XVIII começavam a tomar conta das elites dirigentes. E embora se tratasse de homens práticos, que além do mais tomavam por fonte de inspiração o direito histórico das primeiras cartas de colonização, não deixaram assim mesmo de receber o influxo de um Locke, de um Montesquieu, de um Rousseau (3).

O constitucionalismo na Inglaterra e nos Estados Unidos partiu do reconhecimento de direitos preexistentes: liberdades e privilégios a defender, observância de certas práticas consuetudinárias, direitos assegurados por textos antigos. A Declaração da Independência das treze colônias americanas, em 1776, invocava para justificar a emancipação uma série de medidas ilegais e arbitrárias do Rei da Inglaterra, pelas quais o sistema das leis inglêsas era abolido e novos tributos eram impostos, com violação das antigas cartas e sem o consentimento dos súditos. O *Bill of Rights* de 1689 reafirmava «os verdadeiros, antigos e incontestáveis direitos do povo». Referindo-se à Magna Carta, à Petição de Direitos e ao *Bill* de 1689, Freeman observa que nenhum dêsses documentos políticos trouxe o estabelecimento de alguma coisa nova. Êles vinham reforçar a proteção de direitos de que os inglêses gozavam desde longa data. Nas grandes lutas políticas o clamor público não se levantava propugnando novos princípios, mas exigin-

(3). Assim é que o *Esprit des Lois* adquirira uma grande autoridade entre os homens da república nascente. Cf. J. BRYCE, *La République Américaine*, trad. francêsa, V. Giard & Brière, t. I, p. 53.

do o melhor cumprimento das leis em vigor ou a reparação dos agravos sofridos em razão do desprêzo ou do olvido das leis (4).

Os direitos eram considerados na sua concretização histórica e não sòmente enquanto predicados da natureza abstrata do homem. Assim a constituição política resultava de um desenvolvimento orgânico, isto é, histórico, do direito. Daí o se ter dito da constituição britânica: *it had not been made, but had grown*. E embora não se possa a rigor dizer o mesmo do direito constitucional americano, onde é maior a intervenção do elemento deliberativo e consensual no sentido da formação de novas normas de direito, mesmo aí vemos o cunho da historicidade a contrastar com o abstracionismo das fórmulas constitucionais adotadas nos países hispanoamericanos, a exemplo aliás da França revolucionária, das Côrtes de Cádiz e da Constituinte de Lisboa.

Foi com a Revolução de 1789 que tal abstracionismo começou a imperar na elaboração do direito constitucional. A ordem tradicional era abatida para se construir, em seu lugar, a sociedade nova. A constituição tornava-se a pedra angular do edifício a ser erigido, sua promulgação uma espécie de ato solene de fundação do Estado e seu texto a fonte última dos direitos e das liberdades dos cidadãos. A essência da teoria revolucionária do *poder constituinte* e da *constituição*, ato dêsse mesmo poder, está na idéia da criação *ex nihilo* da ordem jurídica positiva pelo povo, através de seus representantes devidamente credenciados para o exercício das funções constituintes.

É o que faz ver Georges Burdeau com as seguintes palavras: «A constituição não é a descrição de práticas mais ou menos similares, não é mesmo um conjunto de instituições às quais um consentimento tácito do povo conferiria um valor discutível, não é tampouco a tradução em regras jurídicas de um estado de fato antigo, é um ato voluntário e refletido pelo qual o soberano define o Poder que se inscreve na instituição

(4). EDWARD A. FREEMAN, *Le développement de la constitution anglaise*, trad. de Alexandre Dehaye, Paris, Guillaumin et Cie., Édit., 1877, p. 61.

estatal, funda por tal fato o Estado e o poder que se exercerá em seu nome, e determina as condições nas quais os governantes serão habilitados a usar dêste poder e os governados obrigados a se submeter ao mesmo» (5).

Se as leis pouco valem *sine moribus*, sem estarem assentadas na realidade social e no direito histórico, isto também é verdade em se tratando da lei fundamental do Estado, mesmo na hipótese de um nôvo regime político a estruturar, quando importa ajustar instituições a um determinado meio, levando em conta os hábitos sociais, as tradições locais e regionais, o caráter geral do povo, enfim todo um *background* psico-sociológico, político e econômico. Nesta subestrutura se acha o que há de mais fundamental ou constitucional numa nação, a sua *constituição social*, o suporte da *constituição política*. Esta última não deve ser um produto concebido aprioristicamente ou fabricado como um artefato, pois não é obra de engenho mecânico mas de prudência legislativa, e o legislador prudente sabe auscultar os condicionalismos sociais.

3. Segundo a concepção democrática da Constituinte francesa e das que nela se inspiraram, a vontade do povo, criadora da ordem política, tem em si mesmo a *ratio iuris*, independentemente de quaisquer condições. Nessa vontade colocava Sieyès a origem de tôda legalidade, ensinamento contido no panfleto *Qu'est-ce-que le Tiers État?*, a reproduzir a tese de Rousseau afirmando ser a vontade do povo sempre reta. Os constituintes Camus e Teilhard, na sessão de 1.º de Junho de 1790, afirmavam que a Assembléia tinha o poder de mudar a religião. E assim a teoria revolucionária conferia ao poder constituinte — observa-o o historiador Albert Mathiez — uma ditadura ilimitada em todos os domínios. «Todo o poder à Constituinte» era o pensamento que precedia de mais de um século o dito de Lenin: «todo o poder aos soviets». Poder ambicionando a ser verdadeiramente criador, no dizer de Marcel de la Bigne de Villeneuve: «*Criar*, o têrmo é bem

(5). G. BURDEAU, *Traité de Science Politique*, t. III, *Le statut du pouvoir dans l'État*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, p. 42.

significativo, pois uma criação consiste em tirar uma coisa do nada. Outrora esta faculdade era atribuída a Deus. Os deputados não hesitam em avocá-la. Aos seus olhos o texto constitucional que dão à luz é mais do que uma lei por elevada e venerável que queiram fazer esta noção, mais mesmo do que uma disposição hiperlegislativa ou superlegislativa do mais alto grau que seja positivamente imaginável. É uma revelação que participa da natureza divina». O mesmo pensamento, com maiores arroubos, será o dos membros da Convenção. «Ei-la» — exclamava Barrère — «essa Constituição tão desejada que, como as Tábuas de Moisés, só pôde sair da Montanha Santa no meio de raios e relâmpagos! E não se diga que é obra de alguns. Em poucos dias recolheu-se a luz de todos os séculos» (6).

Com tal concepção o poder legislativo se crê infalível e todo poderoso, encerra-se orgulhosamente na sua auto-suficiência e não sente as limitações que o legislador prudente forçosamente enxerga em tôrno de si e dentro de si mesmo. A verdade, norma de ação, deixa de ser a adequação entre a inteligência e a realidade, chegando-se, num extremo de idealismo, a transformar o ideal no real. Tudo isto, fruto daquela mentalidade impregnada de subjetivismo abstracionista, que

(6). MARCEL DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, *L'Activité Étatique*, R. Sirey, 1954, págs. 398-399. Sôbre o mesmo tema, veja-se EGON ZWEIG, obra citada. Observando a influência da atmosfera do século das "luzes" nas primeiras constituições escritas, diz KARL LOEWENSTEIN: "Esforçou-se por transpor as ciências mecânicas à ciência do govêrno. Uma Constituição bem ordenada com uma série de controles e contrapesos (*cheks and balances*) destinados a garantir as liberdades, devia permitir obter, por uma separação funcional dos podêres, o equilíbrio ideal das fôrças sociais". E prossegue: "No seu otimismo ingênuo, os teóricos políticos e os próprios políticos acreditaram que bastaria uma Constituição bem ordenada, isto é, bem equilibrada, para obter uma sociedade igualmente bem ordenada. Ignorando as tentações demoníacas do poder político, a Constituição escrita ofereceria automàticamente a solução de todos os males sociais e asseguraria a felicidade dos povos por ela regidos" (*Réflexions sur la valeur des Constitutions*, in *Revue Française de Science Politique*, vol. II, n.º 1, janeiro-março 1952, p. 10). Do mesmo autor: *Volk und Parlament nach der Staatstheorie des französischen Nationalversammlung von 1789*, Munich, 1922.

vem dominando do século XVIII até aos nossos dias. As leis passam, assim, a ser elaboradas sem o cuidado prévio de um devido conhecimento do meio social e histórico para o qual se legisla.

4. A pretensão de infalibilidade e onipotência dos legisladores foi denunciada, no século passado, por Rosmini.

O grande pensador italiano, que contribuiu poderosamente para a restauração da metafísica e viveu a crise espiritual de sua época inteiramente devotado à filosofia especulativa e às questões religiosas, teve também uma inclinação muito acentuada para a ciência política, participando das preocupações de seus contemporâneos em face da agitação revolucionária. Grande metafísico, não caiu entretanto, ao versar temas políticos, no vício da «política metafísica», segundo a expressão de Augusto Comte com referência a Rousseau e mais homens de 1789. Impugnou a ideologia que, proveniente da França, inspirava em muitos países da Europa e da América a implantação da nova ordem constitucional. Nos seus projetos de Constituição para o Estado romano, nos seus ensaios sôbre a «constituição natural da sociedade civil» e sôbre a «constituição segundo a justiça social», Rosmini procurava afastar os legisladores do lirismo revolucionário, trazendo-lhes à consideração o fato político segundo critérios de objetividade sociológica.

Fazia ver que há duas modalidades de constituição política: uma, formada gradualmente, sem um plano preconcebido, sob o impulso das fôrças sociais ou das aspirações populares; outra, criada de um jacto, produto de uma ideologia, saindo da mente do legislador como Minerva da cabeça de Júpiter (7). As constituições anteriores a 89 pertencem ao primeiro tipo, por exemplo a da República de Veneza e a da Inglaterra. As outras têm sua filiação na França revolucionária.

(7). A. ROSMINI, *Progetti di Costituzione. Saggi editi ed inediti sullo Stato*. Fratelli Bocca Edit., Milão, 1952: *La Costituzione secondo la giustizia soziale* (p. 67 e seguintes).

Até o tempo em que escrevia Rosmini, a França tivera dez constituições, algumas em vigor por menos de um ano. Esta instabilidade foi também a de constituições doutros países derivadas do modêlo parisiense. O mesmo autor, nas páginas do seu trabalho *Alcune parole sopra diverse cose che passano intorno a noi*, enumera as constituições de países europeus de 3 de Maio de 1791 a 24 de Agôsto de 1829, isto é, num período de trinta e oito anos e alguns meses. Chegavam elas a 152, das quais 12 nunca aplicadas. As que vigoraram não ultrapassavam, em 1829, dezesseis anos de existência.

Na sua linguagem de polemista o filósofo peninsular concluía que as abstrações políticas da Revolução francêsa eram insuficientes para fundar um govêrno durável e reduziam a vida dos Estados à curta existência dos insectos.

5. A elaboração das constituições políticas num plano ideológico e segundo uma técnica meramente formalista suscitou a oposição entre o direito constitucional e a realidade constitucional (8).

Um tal antagonismo resulta patente na formação constitucional do Brasil e, ainda mais, na dos povos vizinhos e irmãos da Iberoamérica. Mostra-nos a história dêstes povos o desprêzo de todo um patrimônio institucional rico em elementos aptos a permitir a estruturação dum regime autênticamente popular, cujos caminhos se perderam com o transplante de fórmulas democráticas para nós sem sentido, colhidas na experiência de outros países, principalmente na dos Estados Unidos.

Daí o escrever o Professor Goffredo Telles Junior: «Para que povo, para que país, teriam sido escritas as Constituições republicanas do Brasil? Para os Estados Unidos da América? Para a Inglaterra? Para a França? Ou, talvez, para o Congo,

---

(8). GEORGES DASKALAKIS, *Droit constitutionnel et réalité constitutionnelle*, tese apresentada ao Congresso Internacional de Juristas de Atenas, em Junho de 1955, *Compte-rendu du Congrè International de Juristes*, Haia, págs. 41-45. KARL LOEWENSTEIN, artigos citados, in *Revue Française de Science Politique*, vol. II, números 1 e 2.

a Camboja ou a Tangânica? O certo é que elas não têm nenhuma aparência de leis confeccionadas, sob medida, para a nossa terra» (9).

Desde os primeiros líderes, na época da independência, — como Miranda na Venezuela e José Joaquim da Maia no Brasil, — até os homens de govêrno, os reformadores e os criadores de constituições, todos se achavam, em maior ou menor dose, impregnados das fórmulas anglo-saxônias sem um conhecimento suficiente da vida do povo no interior do país (10).

As constituições vinham a ser assim obra de homens instruídos ao sabor de influências estrangeiras, desenraizados de sua terra e de sua gente e vinculados aos interêsses da classe social dominante. Eram as «elites marginais» de que nos fala Oliveira Vianna nos volumes de *Instituições Políticas Brasileiras*. A constituição como carta ideológica, redigida em função de certas concepções políticas, deixava de ser um instrumento pragmático destinado a preservar as liberdades concretas, e desta forma perdíamos o sentido daquele constitucionalismo incipiente que havíamos herdado dos portuguêses e espanhóis com o regime foraleiro.

O abstracionismo da ideologia liberal e o formalismo jurídico obnubilavam a visão das fontes reais do direito. E assim se acentuava, no campo do direito constitucional, a tensão entre a norma e a realidade.

Em presença da distinção entre fontes formais e fontes reais do direito, a constituição política significa pròpriamente a constituição formal. Trata-se da constituição jurídica da sociedade política (*πόλις*, *Civitas*, *Estado-nação*). Quando ela é

---

(9). GOFFREDO TELLES JUNIOR, obra citada, p. 5.

(10). O contraste entre as cidades mais importantes do litoral, onde dominavam os homens da "república das letras", e a zona rural do interior — salientado entre nós por Euclides da Cunha — forneceu, na Argentina, ampla matéria de discussões a propósito do tema "civilização ou barbárie". Ver FERMIN CHÁVEZ, *Civilización y barbarie. El liberalismo y el mayismo en la historia y en la cultura argentinas*, Editorial Trafac, Buenos Aires. Ver também, quanto à Argentina, ARTURO ENRIQUE SAMPAY, *La filosofia del iluminismo y la Constitución argentina de 1953*, Editorial De Palma, 1944.

elaborada levando devidamente em conta os dados reais do país a que visa reger, aquela tensão não se manifesta de modo muito sensível. Mas quando a constituição formal não corresponde à realidade constitucional histórico-política, então vê-se aparecer o que Georges Daskalakis chama a paraconstituição e a contraconstituição. Na primeira hipótese (paraconstituição), a constituição permanece em vigor, mas se vê modificada, nas suas aplicações, por regras de direito escrito, pelos costumes, pela interpretação, pelos usos constitucionais. Na segunda hipótese (contraconstituição), a constituição torna-se um *chiffon de papier* e as práticas políticas são radicalmente contrárias ao espírito e às instituições fundamentais do regime constitucional formalmente estabelecido (11).

Esta distinção já era esboçada por Aristóteles, no livro V da *Política*, onde o estagirita pondera que as democracias podem ser mais ou menos democráticas e as oligarquias, mais ou menos oligárquicas. Assim, a constituição pode ser democrática e o govêrno, oligárquico.

Se no Brasil e nos países ibero-americanos, a constraconstituição tem prevalecido com freqüência, isto se deve ao abstracionismo anti-histórico de suas leis fundamentais, inspiradas no «idealismo utópico» das elites dirigentes, ao qual as realidades sociais e as práticas políticas trazem um desmentido sem apelação (12). O caudilhismo e o predomínio das oligarquias ou

(11). GEORGES DASKALAKIS, obra citada, págs. 41-45. Por sua vez, KARL LOEWENSTEIN (R.F.S.P., vol. II. págs. 20-22) refere-se às constituições "nominais" e às constituições "semânticas".

(12). Quanto ao Brasil, ver principalmente OLIVEIRA VIANNA, *O idealismo na evolução política do Império e da República*, 1922, Biblioteca d' "O Estado de S. Paulo", n.º 1; *O idealismo da Constituição*, 2.ª edição aumentada, Companhia Editôra Nacional (Brasiliana, n.º 141); e *Instituições políticas brasileiras*, Livraria José Olympio Editôra, 1949; ALBERTO TORRES, *A Organização Nacional*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1914; VICTOR NUNES LEAL, *Coronelismo, enxada e voto (O município e o regime representativo no Brasil)*, Rio de Janeiro, 1948; COSTA PÔRTO, *Pinheiro Machado e seu tempo*, Livraria José Olympio Editôra, 1951; J. P. GALVÃO DE SOUSA, *Introdução à História do Direito Político Brasileiro*, 2.ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 1962 e a citada obra de GOFFREDO TELLES JUNIOR, *A democracia e o Brasil*.

dos grupos manipuladores da opinião pública, na realidade constitucional hispano-americana, são exemplos que bem ilustram a hipótese de Aristóteles: conflito entre a constituição real, oligárquica, e a constituição formal, que é geralmente uma carta ideológica democrática.

6. Aliás, nas democracias modernas, a realidade dos grupos mais ou menos esotéricos e do poder econômico, que faz do poder político seu instrumento, é a fonte da contraconstituição, enquanto o princípio da origem popular do govêrno é a expressão teórica da constituição formal. Cumpre considerar ainda a importância do poder militar, cuja influência política não pertence apenas à história, mas avulta em nossos dias, dando margem a que se comece a falar de Estado militarista (13).

O prisma pelo qual os juristas estudam o direito é o das fontes formais. Êste formalismo, legítimo em si mesmo, deve ser completado por uma visão sociológica do fenômeno jurídico, particularmente necessária ao legislador. No tocante às constituições, temos visto que, elaboradas segundo os preceitos da técnica jurídica seguidos pelos legisladores constituintes, elas se subordinam a diretrizes ideológicas e dependem também das circunstâncias históricas que condicionam os movimentos políticos, as revoluções e as reformas legislativas. Daí o dizer Manuel García-Pelayo que «o Direito constitucional vigente, como todo Direito, não é a pura norma, e sim a síntese da tensão entre a norma e a realidade com que ela se defronta» (14).

A paraconstituição é uma conseqüência do desenvolvimento do direito constitucional quando se quer fazer da constituição jurídico-formal um sistema completo, uma carta ideológica abrangendo tôda a sistemática do Estado no concernente à organização dos podêres públicos e à garantia das liberdades. Êstes dois aspectos do problema são convergentes, apresentando-se a

(13). FRED J. COOK, *The Warfare State* (em tradução de Fernando Castro Ferro: *O Estado militarista*, Editôra Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1964).

(14). M. GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, 2.ª edição, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, p. 20.

constituição ao mesmo tempo como uma técnica do poder e uma técnica da liberdade. No seu significado original, a constituição é precisamente um instrumento de estruturação pragmática do poder político e de defesa das liberdades. Mas ela tende a se transformar numa carta ideológica na qual êstes dois aspectos fazem parte de um enquadramento mais amplo, submetido ao processo de uma certa dialética. Pode acontecer, então, que a constituição seja completada ou modificada, na sua aplicação, por novas normas decorrentes da legislação, da jurisprudência ou simplesmente da interpretação do texto constitucional. Além destas regras jurídicas, certas práticas políticas podem completar a estrutura constitucional, hipótese esta verificada, por exemplo, com o regime de partidos formado em muitos povos cuja constituição não o prevê. Assim, no Brasil, a Constituição de 1946 estabeleceu o princípio da pluralidade partidária, enquanto as Constituições anteriores eram omissas a respeito desta matéria. Um outro exemplo que pode ser lembrado, entre nós, é o pretenso parlamentarismo do Império, tìpicamente paraconstitucional, por se ter formado à margem de qualquer dispositivo que o tivesse instituído na Carta de 1824.

Se a constituição é mais um instrumento pragmático do que uma carta dogmática, então as normas complementares da lei fundamental geralmente se adicionam ao seu texto por um crescimento orgânico na linha do direito histórico, sem uma ruptura com o que já estava estabelecido e sem se opôr aos dispositivos constitucionais. A Constituição dos Estados Unidos nos fornece um exemplo significativo desta hipótese, com o sistema dos *amendments* acrescentados ao texto constitucional. Daí o dizer-se que, no caso em aprêço, a constituição não é um edifício completo, mas a fundação ou o alicerce de um edifício.

Quando a lei constitucional e a lei ordinária não se distinguem por uma diferença substancial — haja vista o caso da Inglaterra — não se pode falar de paraconstituição, pois a elaboração em matéria constitucional fica sendo processo normal nos trabalhos do Parlamento. Nos países de constituição escrita e rígida, pelo contrário, a diferenciação entre constituição e lei ordinária torna-se mais acentuada, sendo a primeira um

ato do Poder Constituinte, cujas funções, é certo, podem caber ao Legislativo ordinário mas sòmente nas hipóteses expressamente previstas pela própria constituição.

O princípio do contrôle da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Executivo pelo Poder Judiciário é uma barreira levantada às práticas contraconstitucionais, que entretanto podem de fato existir, escapando a tal contrôle.

Finalmente deve notar-se que as constituições políticas do tipo de uma carta ideológica abarcam todo o direito constitucional, seja a sua matéria ampla ou restrita. Elas tendem a fazer com o direito constitucional o que se tentou fazer na França com o direito civil na época da codificação. O direito civil transbordou os diques dentro dos quais procuraram encerrá-lo, e aos poucos foi sendo modificado e fragmentado por leis que alteraram o Código Napoleão. Semelhante fragmentação é mais difícil nas constituições, em virtude do princípio da intangibilidade constitucional, vindo daí os conflitos entre a constituição jurídica e a realidade constitucional. A realidade transborda do esquematismo das constituições ideológicas e suscita normas de tipo paraconstitucional ou contraconstitucional (15).

7. Numa conferência de ampla ressonância proferida em 1930, René Capitant sustentava que o costume não era sòmente um dado complementar, mas um dado primordial da organização constitucional da III.ª República Francesa, cujas instituições essenciais não figuravam nos textos escritos e até se achavam em oposição aos textos. Assim, das quatorze atribuições iniciais do Presidente da República sòmente duas subsistiam, pelas quais êle podia manifestar pessoalmente sua autoridade: a escolha do Presidente do Conselho e o direito da graça (16).

---

(15). Nas épocas revolucionárias, quando se mantém uma estrutura constitucional, a intangibilidade e a estabilidade da constituição cedem ante as faculdades do poder revolucionário, que se investe no exercício do Poder Constituinte. É o que explica, entre nós, os Atos Institucionais e Complementares em face das Constituições de 1946 e de 1967.

(16). Apud MARCEL PRÉLOT, prefácio a MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les Constitutions européennes*, Presses Universitaires de France, t. I, p. X.

Os estudos de direito constitucional comparado permitem-nos compreender a relatividade dos textos e das fórmulas. É a lição de Mirkine-Guetzévitch, fazendo ver que tais estudos devem ser dirigidos sobretudo a observar as práticas constitucionais (17).

As transformações operadas na vida política dos povos depois da segunda guerra mundial, o desajuste entre os podêres do Estado, a crise da representação e dos sistemas eleitorais, as exigências da segurança nacional e as novas modalidades de organização internacional, tudo isto vem realçar aquela relatividade. Constituições outrora julgadas perenes caem como um castelo de cartas, e princípios jurídicos aos quais se dava um valor dogmático não resistem à pressão dos acontecimentos. Para a maioria das nações a questão não está só numa revisão constitucional por meio de emendas que em pouco alterem a estrutura do regime. O problema da reforma do Estado precisa ser colocado em têrmos mais amplos, tendo-se em vista o ajustamento entre a constituição formal e a constituição histórico-social.

(17). MIRKINE-GUETZÉVITCH, obra citada, t. I, p. 13.

Capítulo VI

DA ELABORAÇÃO LEGISLATIVA NA PRESENTE CONJUNTURA HISTÓRICA

1. Tríplice visualização do assunto.
2. Da unidade da soberania à divisão de podêres.
3. O esvaziamento do Poder Legislativo.
4. A representação política e a função legislativa.
5. Política legislativa e técnica legislativa.
6. A auto-suficiência legislativa e o monopólio estatal do direito em face da experiência histórica.

Capítulo VI

DA ELABORAÇÃO LEGISLATIVA NA PRESENTE CONJUNTURA HISTÓRICA

1. O processo de elaboração legislativa tem passado por transformações que refletem os condicionalismos de cada época, em grande parte de natureza política, mas também decorrentes das concepções jurídicas dominantes.

Para focalizar o assunto na atual conjuntura histórica, cumpre fazê-lo partindo da formação do Estado moderno, quando desponta o conceito de soberania que terminará por prevalecer acompanhando a marcha centralizadora do Estado e a vitoriosa afirmação do poder político em face do mundo feudal.

A missão de legislar é própria do poder soberano, e por isto mesmo a idéia de soberania fornece à tarefa legislativa o fundamento de que esta tira a sua justificação e razão de ser.

Com a técnica da separação de podêres, característica do Estado liberal de direito, tal função passou a ser exercida dentro do esquematismo aplicado pelas modernas democracias representativas, atribuindo aos órgãos da representação política o mister de elaborar a lei.

A crise do Estado moderno, sacudido por guerras, revoluções e abalos econômicos, provocou, na linguagem de Ripert (1), o declínio do direito, no qual um dos aspectos é

---

(1). GEORGES RIPERT, *Le déclin du droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

o declínio da lei resultante da decadência dos corpos legislativos, manifestamente inoperantes para superar aquela crise, além de cada vez mais ineficientes diante das condições da sociedade hodierna, em via de profundas transformações, ao dealbar da era tecnológica, e vendo seus alicerces vacilarem ante a subversão mundial organizada.

Nesses têrmos, podemos considerar a problemática da elaboração legislativa na atualidade sob três prismas diversos: 1.°). em sua fundamentação teórica; 2.°). no concernente à crise do poder legislativo; 3.°). no tocante às relações entre a função legislativa e a representação política.

O primeiro aspecto é jurídico-filosófico; o segundo, sociológico; o terceiro, estritamente jurídico.

2. Foi no século XVI — exatamente quando os Estados modernos começaram a se constituir na Europa sôbre as ruínas do feudalismo — que pela primeira vez se empregou a palavra «Estado» para significar uma sociedade independente politicamente organizada (2). Encontramo-la com êste sentido naquela célebre obra de Maquiavel enaltecedora do princípio da razão de Estado. E no mesmo século em que o secretário da chancelaria florentina escreveu *O Príncipe,* o jurista angevino Jean Bodin compunha outra obra destinada igualmente a tornar-se clássica na história do pensamento político, *Os Seis Livros da República,* dando aí o devido realce à noção fundamental em tôrno da qual veio a corporificar-se modernamente a teoria do Estado: o conceito de soberania.

Desde Bodin até Rousseau — o teórico da soberania popular na democracia revolucionária — êsse conceito ficou sendo a expressão do poder do Estado, caracterizado por sua unidade e indivisibilidade. «Poder absoluto e perpétuo de uma República», assim o definia Bodin no capítulo oitavo do pri-

(2). Na sua primitiva significação o têrmo "estado" *(status)* designava a condição jurídica da pessoa *(status libertatis, status familiae, status civitatis).* Posteriormente foi empregado como expressão de ordem social ou estamento (clero, nobreza, povo: os três estados). A sociedade política soberana era a *Civitas* em Roma, o *Imperium* ou o *Regnum* na Idade Média. Cf. G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre,* Berlim, 3.ª edição, 1922, pág. 129 (livro II, cap. V).

meiro livro de sua obra. E mais recentemente a escola germânica de direito público veio apontar na soberania um atributo ou qualidade do poder, consistindo na faculdade de decidir em última instância (3).

O que cumpre aqui é frisar a íntima relação existente entre a soberania e a lei, sendo esta uma emanação do poder soberano e uma expressão da vontade do seu titular. *Que veult le roy si veult la loy* diziam juristas medievais, e esta fórmula viria a alcançar a plenitude da sua significação com as monarquias absolutas, acolhendo o preceito romano: *quod principi placuit legis habet vigorem.* As leis eram as ordenações dos príncipes, cujo poder só por isto não se deve pensar que fôsse discricionário, sobretudo nas monarquias temperadas medievais, em que limitações de ordem moral ou procedentes das soberanias sociais então existentes o continham dentro dos quadros do que poderia ser considerado uma realização antecipada da concepção do Estado de direito, elaborada posteriormente (4). Por sua vez, os senhores feudais exerciam o poder legislativo, o que era uma conseqüência da fragmentação da soberania característica daquele regime (5). Na época do absolutismo, ao mesmo tempo em que punha em prática uma política centralizadora, o poder real procurava libertar-se daquelas limitações, que em certos países — como nos reinos da penin-

(3). No dizer de Basdevant, "a soberania do Estado ocupa na obra dos juristas alemães contemporâneos um lugar preponderante. São êles os mestres atuais da teoria da soberania do Estado, como o foram outrora os juristas franceses, em seguida à obra de Jean Bodin" (apud H. HELLER, *La Soberania,* tradução e estudo preliminar de Mario de la Cueva, Universidad Nacional Autónoma de México, 1965, pág. 79). Em se tratando do conceito de soberania, não é possível esquecer êste ensaio crítico do pranteado professor alemão.

(4). O sistema de freios e contrapesos, imaginado por Montesquieu e seus seguidores, de certo modo se realizava na monarquia tradicional e representativa que despontou na época dos Concílios de Toledo e floresceu em Portugal e noutros reinos hispânicos. Mas diferentemente do que propunha o autor do *Espírito das Leis* — uma divisão do poder do Estado — êle era ali resultante do reconhecimento das soberanias sociais, isto é, das autoridades dos grupos ou corpos intermediários em face da soberania do Estado.

(5). Cf. ÉMILE CHÉNON, *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815,* tomo I (2.ª parte: período feudal e costumeiro), Recueil Sirey, 1926.

sula ibérica, mercê do regime das liberdades locais asseguradas pelas cartas de foral — eram particularmente eficientes.

Ao absolutismo monárquico sucedeu o absolutismo democrático, transferindo do rei para o povo o poder absoluto (6). Na França, onde com Luís XIV a monarquia absoluta alcançara o seu maior esplendor, na França de Bodin que foi também a segunda pátria de Rousseau, o «poder absoluto e perpétuo», com a Revolução, passou a ser exercido pela «vontade geral» e, sendo esta soberana, tornou-se a detentora exclusiva do poder legislativo (7). Abriram-se assim as portas para o absolutismo de Estado num grau não atingido sob a realeza absoluta (8). Ripert diz mesmo que aquela transferência do poder absoluto — do rei para o povo — chega a encobrir a criação de um nôvo poder, pois nunca o rei de França teve o poder legislativo na sua plenitude, ou, pelo menos, um poder comparável ao de um parlamento moderno. E acrescenta: «Sob a Revolução caem todos os podêres, os do rei, da Igreja, dos costumes provinciais, dos parlamentos, das corporações. Só resta uma autoridade: a assembléia encarregada de fazer as leis. Ela detém o poder legislativo no seu absolutismo» (9).

A unidade da soberania, afirmada por Bodin e levada pela Revolução de 1789 — na linha do pensamento rousseauniano — a uma espécie de totalitarismo da soberania, excluídas as soberanias sociais, não se compadece com a teoria da divisão de podêres vinda de Montesquieu. Esta teoria fragmenta o po-

(6). Além da obra de G. RIPERT já citada, veja-se também MAXIME LEROY, *La loi (Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie)*, V. Giard & E. Brière, Paris, 1908.

(7). Residindo a soberania essencialmente no exercício do poder legislativo, Rousseau não admite o sistema representativo, pelo qual o povo se despoja dêste poder (*Contrat social*, liv. I, capítulos 1 e 2, l. II, c. 15). Daí o preconizar a democracia direta. Por outro lado, sendo a *volonté générale* sempre reta (l. II, c. III), na visão abstracionista de Rousseau, isto fazia desaparecer aos seus olhos o perigo de um regime de arbítrio.

(8). Daí um passo para o Estado totalitário, cujas origens, na democracia revolucionária francêsa, foram apontadas por, entre outros, J. L. TALMON, *The origins of totalitarian democracy*, Londres, Secker & Warburg, 1952.

(9). G. RIPERT, obra citada, p. 5.

der do Estado, reparte-o em três podêres distintos e a um dêles atribui a função legislativa. Numa primeira fase de sua aplicação, ela tendia a significar uma separação rígida de podêres, que a experiência política mostrou ser irrealizável. Numa fase posterior seus intérpretes favoráveis davam mais ênfase à harmonia e à colaboração entre os podêres do que à independência dos mesmos (10).

3. Foi assim que vimos a função legislativa exercida também pelo Poder Executivo, um dos três podêres da repartição clássica inspirada em Montesquieu e cuja denominação por si só manifesta a intenção inicial dos adeptos dêste sistema. Ao Legislativo caberia dar as normas gerais constitutivas da ordem jurídica e norteadoras da ação governamental e administrativa. Os órgãos encarregados do govêrno e da administração teriam, pois, uma tarefa de certo modo subordinada, cumprindo-lhes executar diretrizes traçadas pelo Legislativo. No sistema parlamentar de govêrno mais se acentuava a preponderância dêste último, uma vez que o Gabinete não era mais do que um agente da maioria parlamentar. Mas ainda com o presidencialismo o princípio da divisão de podêres, acolhido primeiramente pela Constituição dos Estados Unidos, mal disfarçava a predominância teòricamente dada ao Legislativo, aliás explicável em virtude da conexão entre a soberania e a função de legislar (11). Donde o falar Wilson no «govêr-

(10). Em conferência proferida no Seminário sôbre a Reforma Legislativa no Brasil promovido pela Universidade de Brasilia, o Professor Giuseppe Bettiol fêz ver que hoje "não se trata apenas de dividir, mas também de organizar, de harmonizar entre êles os vários podêres do Estado. O Estado constitucional de direito não se prende apenas à atividade do Poder Legislativo, mas há uma ordenada e harmônica correlação e sistematização entre os vários podêres. A necessidade mesma, última *fons legum*, sugere, antes de qualquer outra consideração, que ao Executivo deve sar reconhecido o poder de intervenção legislativa através dos decretos" (*Reforma do Poder Legislativo no Brasil*, Brasilia, 1966, pág. 250).

(11). Essa predominância é naturalmente mais acentuada em se tratando do Legislativo ordinário, isto é, do Poder Constituinte (ver Capítulo V, números 1 e 2). Sôbre o princípio da separação de podêres e o malôgro de sua fórmula, entendida segundo uma

no congressional», expressão que corresponde a uma interpretação constitucional daquele país feita segundo os cânones de um liberalismo ortodoxo. A tal predomínio teórico não correspondeu a realidade dos fatos da vida política, antes pelo contrário o Poder Executivo foi, com o correr do tempo, fazendo sentir não apenas uma independência crescente em relação ao Legislativo, mas até mesmo uma influência cada vez mais acentuada sôbre êste (12). O que se dava nos Estados Unidos ocorria noutros países, e essa influência do Executivo não era tão sòmente de natureza política, pois alcançava o seu reconhecimento jurídico através da prática da delegação ou habilitação legislativa. Circunstâncias peculiares a épocas de crise forçavam a intervenção do Executivo no domínio legislativo. Os processos mais morosos de elaboração da lei nos parlamentos eram incompatíveis com a urgência requerida por determinadas matérias a serem legalmente disciplinadas. Daí o generalizar-se o uso dos decretos-leis procedentes do Executivo, com ou sem delegação do Legislativo. Sempre se admitiram relações entre os podêres, cabendo normalmente ao Executivo a sanção ou o veto dos projetos encaminhados pelo Legislativo, e podendo também o Executivo ter a iniciativa das leis. Mas ùltimamente esta iniciativa foi avultando a ponto de chegar o govêrno a comandar tôda a atividade legislativa.

A tarefa da elaboração legislativa torna-se cada vez mais complexa, dada a diversidade de assuntos sôbre que incide e

rígida separação entre os mesmos, um trabalho definitivo, é o de MARCEL DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, *La fin du principe de séparation des pouvoirs*, anteriormente citado.

(12). Nos Estados Unidos, essa influência foi a princípio cerceada pelo Judiciário, donde o famoso "govêrno dos juízes" com que se quis caracterizar o regime americano. Entretanto depois de Franklin Roosevelt, fazendo a sua política do *New Deal* triunfar sôbre as limitações que lhe opunha a Côrte Suprema, ninguém mais pode falar nem no *congressional government* (W. WILSON, 1885), nem no *gouvernement des juges* (E. LAMBERT, 1921). O Executivo acabou por prevalecer de um modo incontestável, ao mesmo tempo em que a União ia afirmando cada vez a sua supremacia perante os Estados, ficando por tal forma comprometido o sistema de freios e contrapesos no planto horizontal (divisão de podêres) e no plano vertical (regime federativo).

a especialização por vêzes necessária para tratar dêstes assuntos. Conseqüentemente o Poder Legislativo vê-se forçado a contar com a assessoria de técnicos em determinadas matérias ou confiar a alguns de seus membros, mais habilitados conforme as questões de que se trate, a elaboração da lei. Daqui resulta a delegação interna, pela qual uma câmara legislativa confia a comissões especializadas o encargo dessa elaboração. E não são raros — antes cada vez mais freqüentes — os casos dos projetos de lei oriundos de órgãos ou entidades extra-legislativas, vinculados à administração — isto é, ao Poder Executivo — ou mesmo de caráter particular.

Nesse sentido o exemplo dado pelo Parlamento britânico é dos mais significativos. Há projetos de lei, vindos do govêrno ou de grupos não oficiais, que, uma vez apresentados ao plenário parlamentar, aí simplesmente recebem um «sim» ou um «não». Na introdução de Wade às últimas edições do clássico *Law of the Constitution* de Dicey, mostra aquêle professor de Cambridge que participam assim da feitura da lei não apenas departamentos oficiais do Estado, mas ainda entidades sociais independentes, como o *Unemployment Assistance Board* e o *Agricultural Marketing Board*. E conclui afirmando que «a supremacia política do Parlamento como um órgão elaborador da lei torna-se cada vez mais uma ficção» (13).

Se isto ocorre com o Parlamento da Inglaterra, isto é, no país de origem do parlamentarismo, em sua terra de eleição e onde é tão vigoroso o corpo representativo, não admira que noutros países se registre também um esvaziamento sensível do Poder Legislativo no que diz respeito à sua atividade específica.

A tônica atual do regime inglês recai mais sôbre o Gabinete do que sôbre o Parlamento. Na França, a Constituição de 1958 anulou o parlamentarismo. E mesmo nos países presidencialistas — onde o princípio da separação de podêres mais nìtidamente se configura — o Executivo chama a si a tarefa que outrora era da competência exclusiva do Legislativo.

(13). A. V. DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, 9.ª edição com introdução e apêndice de E. C. S. WADE, Londres, Macmillan & Co. Ltd., 1950, p. XLIV.

4. Os parlamentos de hoje, ao mesmo tempo em que se viram diminuídos no exercício da função legislativa, por outro lado vão perdendo o prestígio que chegaram a desfrutar como órgãos da representação popular.

O Estado Liberal foi organização típica da classe social dominante após a Revolução de 1789, isto é, da burguesia. Todo o seu sistema representativo refletia os interêsses desta classe, cujas correntes de opinião se dividiam nos diversos partidos políticos. À medida que o proletariado foi grangeando maior prestígio e adquirindo fôrça política, o sistema começou a vacilar, e grande parte da representatividade se transferia para os sindicatos, excluídos da participação nas decisões do Estado, reservada apenas às organizações partidárias. Por isso é que na Inglaterra o Parlamento conseguiu manter essa representatividade que as câmaras de deputados noutros países iam perdendo, pois lá os partidos se achavam vinculados às classes e aos corpos intermediários, sendo o trabalhismo a expressão das aspirações do operariado das *Trade Unions*.

Entre nós, os partidos da primeira república tinham um cunho acentuadamente oligárquico, distribuindo-se aliás pelos Estados da Federação como manifestações diversas do partido único, o Partido Republicano. Depois de 1930, a multiplicação dos partidos e o aparecimento de formações políticas improvisadas e sem tradição permitiam a ascensão dos demagogos e arrivistas, a disputarem com os continuadores da oligarquia a liderança política.

Na Europa, entre as duas guerras mundiais, a impopularidade dos parlamentos favoreceu os movimentos tendentes à implantação de um regime ditatorial e carismático, em que a representação se transferia das assembléias desmoralizadas e distanciadas do sentir do povo para indivíduos de exceção, que sabiam aproveitar-se das circunstâncias para se fazerem passar por oráculos da alma nacional. Antes, porém, que isto acontecesse na Itália com o fascismo e na Alemanha com o nacional-socialismo, já pensadores e líderes políticos infensos aos regimes de arbítrio e visceralmente contrários a qualquer manifestação de estatismo absorvente denunciavam a ausência de verdadeiro sentido representativo nos parlamentos do Estado liberal burguês. Tais foram, entre outros, La Tour du Pin e Charles Maurras na França; Vázquez de Mella destruindo, da

sua tribuna, nas Côrtes de Madrid, as ficções de um falso sistema representativo; António Sardinha antecipando-se em Portugal, no plano doutrinário, ao Estado corporativo; e o chanceler Dollfuss na Áustria, antes dos dias trágicos do *Anschluss*. Da mesma forma pronunciavam-se juristas do porte de um Laband na Alemanha, um Enrique Gil Robles na Espanha ou um Hauriou na França (14).

Opondo-se à extensão da noção jurídica de mandato à representação política, constitucionalistas faziam ver a inadequação de um tal paralelo, enquanto sociólogos apontavam para a inautenticidade de um sistema representativo construído com preterição dos grupos naturais e históricos que formam a sociedade política.

Um ponto nevrálgico que está na raiz dêsse sistema — decorrente do mito da vontade geral representada nos parlamentos — é a confusão estabelecida entre dois conceitos realmente distintos: autoridade e representação. Considera-se que os deputados — mandatários da vontade do povo — representam a coletividade e devem, por isso mesmo, exercer o poder legislativo. Pois êste poder é a manifestação, por excelência, da soberania, e o pressuposto de tal concepção é que a soberania pertence ao povo. Daí o serem a função legislativa e a função representativa atribuídas ao mesmo órgão.

Ora, a verdade é que a representação consiste essencialmente numa espécie de vínculo entre a sociedade e o poder. Sua razão de ser, a idéia que lhe deu origem e o princípio natural que a justifica, é exatamente levar ao conhecimento dos governantes as aspirações dos governados e os interêsses dos grupos componentes da sociedade política. Isto deve ser feito de um modo tal que permita ao mesmo tempo um certo contrôle do poder político pela sociedade. Um dos motivos

---

(14). Para Laband "juridicamente falando, os membros do *Reichstag* não representam ninguém". Por sua vez M. Hauriou, criticando a teoria moderna da representação, que pretende assimilar a representação política ao mandato, diz que "a praga do direito constitucional francês é a teoria jurídica da representação, que procede da mania metafísica de tudo reduzir a um só princípio". Cf. MARCEL DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, *Traité général de l'État*, II, R. Sirey, 1931, págs. 59-60.

principais da reunião das primeiras assembléias representativas — as Côrtes hispânicas, o Parlamento inglês, os Estados gerais na França — era o de autorizar a tributação, em virtude do princípio segundo o qual ninguém deve pagar imposto sem prévio conhecimento e sem ter dado o seu consentimento. A elaboração do orçamento voltou a ser, nos parlamentos modernos, matéria de fundamental importância por dizer respeito à devida aplicação da atividade do Estado e das finanças públicas com vistas a atender os interêsses da comunidade.

Dessa simples idéia originária e básica da representação decorre que todos os elementos da sociedade civil devem ser representados perante o Estado e que os mais credenciados para falar em nome de cada grupo, de cada entidade organizada, de cada classe são os membros destas parcelas do todo social. Ora, evidentemente não são êles os mais competentes para o exercício da função legislativa (15).

5. A elaboração da lei comporta dois aspectos distintos: o político e o técnico.

O primeiro é aquêle pelo qual a obra legislativa se considera em função do bem comum da sociedade política, numa perspectiva muito ampla permitindo medir os interêsses em jôgo num determinado momento histórico, harmonizá-los, submetê-los a uma disciplina fundada na justiça e enquadrada numa ordem que proteja as liberdades e mantenha incólume a segurança (16). Ao poder cabe julgar o que é necessário ou conveniente a uma determinada sociedade, e conseqüentemente o que deve ser preceituado na lei. Isto é objeto da prudência do legislador, e ao bom legislador não devem faltar nem o senso das realidades históricas, nem a capacidade de prever de algum modo as conseqüências de um dispositivo legal.

(15). O autor destas linhas, por mais de uma vez, já teve ocasião de versar o assunto, especialmente em *Autoridade e representação no direito moderno*, comunicação apresentada à IV.ª Jornada Franco-Latino-Americana de Direito Comparado (São Paulo, 1954) e reproduzida no livro *Política e Teoria do Estado*, Edição Saraiva, São Paulo, 1957.

(16). Encontrar o justo meio entre a segurança e a liberdade, eis a grande questão dos nossos dias. Cf. RENÉ MARCIC, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat (Der Weg zwischen Sicherheit und Freiheit)*, Viena, Springer-Verlag, 1957. Obra fundamental, em que se encontram também profundas considerações sôbre a historicidade do direito.

Quanto à técnica legislativa, pode ser considerada do ponto de vista material ou formal, segundo se trate, respectivamente, do conteúdo da lei — isto é, dos atos a serem disciplinados — ou da regulamentação dêstes atos pela aplicação de conceitos jurídicos, incluindo presunções, ficções e outros processos característicos da construção do direito positivo. Para esta regulamentação requer-se a atividade dos juristas, pois só os conhecedores da ciência do direito estão em condições de elaborar tècnicamente uma lei, sob o ponto de vista formal. Mas a matéria da legislação depende de vários outros conhecimentos, a respeito dos quais o legislador tem que receber dados concretos de quantos estejam devidamente capacitados a fornecê-los (17).

Referindo-se a questões gerais e de princípios, a legislação tem um caráter predominantemente político. Mas à medida em que dispõe sôbre diversas manifestações da vida nacional, exercendo sôbre elas um certo contrôle pelas diretrizes que fixa, a lei passa a assumir um cunho acentuadamente técnico,

(17). A lei não deve ser o produto da razão estabelecendo normas num plano abstrato. Ela colhe, por assim dizer, um direito preexistente nos costumes e em normas difusas na vida social. Coloca-se aqui o problema das fontes do direito, examinado anteriormente (cf. Cap. II, números 3 e 4). Na dissertação apresentada ao concurso para a cátedra de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o Prof. MANUEL GONÇALVES FERREIRA FILHO fez ver que "o pensamento medieval não concebia a criação de leis mas sòmente a *descoberta de leis*", pois "de certo modo a lei se prova, não se cria e essa prova só pode provir de quem a pratica, da Comunidade tôda, ou de sua *valentior pars*, os barões e os líderes do *tiers état* que agem aí como testemunhas" (*Do processo legislativo*, São Paulo, 1968, p. 29). Sôbre o problema da elaboração do direito positivo, considerações de magno alcance são feitas por JOSÉ CASTAN TOBEÑAS em *Teoria de la aplicación e investigación del derecho*. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947 (elaboração *criadora* por vias legislativa, consuetudinária e jurisprudencial; e elaboração *reconstrutiva* por via científica ou por via prática).

não apenas no sentido da técnica jurídica, mas ainda no de outras técnicas, cuja importância cresce dia a dia, com a complexidade cada vez maior da vida social.

Quando as leis versavam quase exclusivamente sôbre questões de ordem geral, era mais fácil a sua elaboração nos parlamentos, onde sempre havia juristas capacitados a orientar a redação dos diplomas legais segundo os cânones da técnica do direito. Desde que a multiplicação da vida social veio a ser mais e mais regulamentada pelas normas emanadas do Poder Legislativo, êste começou a sentir a sua insuficiência, donde o aceitar ou solicitar a colaboração de órgãos externos para bem cumprir a sua tarefa. Daí também a importância que foram adquirindo as comissões internas nos parlamentos, constituídas de deputados habilitados, pela sua especialização, a melhor contribuir para a elaboração de determinadas leis.

Isso explica ainda a preferência dada, por vêzes, a leis fixadoras de princípios gerais ou normas de orientação — *standards* — deixando-se aos regulamentos de competência do Poder Executivo a complementação da regra legislativa, em dispositivos mais voltados para os pormenores.

6. Foi vã a pretensão de reduzir o direito à lei escrita, e a lei a uma criação do poder legislativo do Estado, encontrando sua perfeição nas constituições e nos códigos elaborados com o ilusório intento de abranger, de um modo exaustivo, tôda a realidade.

Ela resultou de uma atitude mental abstracionista e de uma falta de visão histórica na consideração do fenômeno jurídico (18).

A sociologia jurídica — de Ehrlich a Gurvitch — forneceu argumentos, advindos do conhecimento das realidades históri-

(18). A perspectiva histórica do direito é salientada, do ponto de vista filosófico, por MIGUEL REALE em *O direito como experiência* (Edição Saraiva, São Paulo, 1968). Distinguindo entre a normatividade jurídica abstrata e a normatividade concreta, conclui que "a norma jurídica não pode ser vista como um modêlo lógico definitivo: é um modêlo ético-funcional, sujeito à prudência exigida pelo conjunto das circunstâncias fático-axiológicas em que se acham situados os seus destinatários" (p. 200).

cas, com que derrubar o princípio segundo o qual o ordenamento legislativo é definitivo e completo para colocar o juiz em condições de dar uma solução a todo e qualquer caso, sem recorrer à eqüidade. Norberto Bobbio faz ver que tal princípio foi oriundo da teoria jurídica européia de origem romanística: no *Corpus Iuris* via-se o direito por excelência, ali enunciado de uma vez para sempre, contendo as regras mediante as quais o intérprete poderia resolver todos os problemas jurídicos. Essa confiança cega na auto-suficiência da lei, transportada pela escola de exegese para a codificação, suscitava uma hermenêutica em que o método da *extensio* prevalecia sôbre a equidade e o princípio da autoridade sôbre a natureza das coisas (19).

Absorvendo todo o direito e sendo a expressão da vontade do Estado, a lei excluía conseqüentemente as normas jurídicas que não fôssem emanações do poder estatal. Produto da razão abstrata, traduzia-se nos preceitos coercìtivamente impostos por uma decisão de autoridade detentora da soberania política, não admitindo esta a concorrência de nenhuma autoridade social e de qualquer ordenamento jurídico extra ou infravalente. O voluntarismo conduzia lògicamente ao positivismo jurídico, e êste ao absoluto estatismo. A tese da auto-suficiência legislativa era ao mesmo tempo uma afirmação do monopólio do direito pelo Estado.

Tal miragem da ordem jurídica não podia deixar de ser rejeitada por sociólogos e por juristas dotados de visão histórico-sociológica. No confronto da sociedade com o Estado, era-lhes dado observar numerosos grupos não estatais com capacidade normativa e disciplinar. Aliás, salutares tendências do pensamento contemporâneo indicam uma volta ao sentido da historicidade do direito, ao mesmo tempo em que a sociedade, por seus grupos naturais e históricos, reage contra a tirania absorvente dos totalitarismos hodiernos (20).

(19). N. BOBBIO, obra citada, págs. 131-141.

(20). RENÉ MARCIC, na obra citada (nota 16), aponta, entre outras notas características do "nôvo pensamento jurídico", o afastamento do subjetivismo com uma orientação mais acentuada para a estrutura objetiva do direito, a afirmação da prepositividade do direito, o reconhecimento do concreto como fonte do direito e a

Depois destas considerações finais e tendo em vista o que foi dito nos capítulos anteriores, podemos, para concluir, estabelecer o seguinte cotejo entre uma concepção abstracionista do direito — como a encontramos em doutrinas jurídico-políticas desde os tempos do jusnaturalismo racionalista e do iluminismo — e uma concepção de base histórica:

DIREITO ABSTRATO:	DIREITO HISTÓRICO:
1. Tôda a ordem jurídica está compreendida no direito do Estado, sendo êste uma criação do Poder Legislativo.	1. A ordem jurídica positiva é constituída pelo ordenamento estatal e por outros ordenamentos, correspondentes aos grupos ou corpos intermediários que formam a sociedade política ao longo do seu desenvolvimento histórico.
2. A legislação estatal é suficiente para resolver todos os casos da vida jurídica.	2. O direito do Estado apresenta lacunas em face dos casos da vida jurídica.
3. Os códigos esgotam definitivamente, nos seus artigos, as hipóteses possíveis no respectivo ramo do direito (escola de exegese).	3. Os códigos são sistematizações de muita utilidade, mas sujeitos a alterações e revisões, por não serem obra definitiva, nem se pode pretender que neles estejam contidas tôdas as hipóteses dum ramo de direito.
4. A Constituição: a) — é a lei magna ou fundamental, de que dependem as outras leis; b) — contém virtualmente todos os preceitos da legislação ordinária (21).	4. A Constituição é a lei fundamental do Estado, e pode fixar alguns princípios gerais a serem observados pela legislação ordinária, o que não quer dizer que contenha, nem mesmo implicitamente, os preceitos dos diversos ramos do direito (22).

inserção do momento da historicidade no direito (p. 199). Escreve o mesmo autor: "Pelo afastamento do subjetivismo e a direção para o objeto, pela volta ao concreto e à historicidade, substitui-se a uma atitude estática a procura e o descobrimento (*das Suchen und das Finden*) como ato básico do homem e da razão humana. A razão humana não vai mais ser concebida como legisladora, mas como órgão que entra em atividade sòmente quando chegam da realidade efeitos que atuam sôbre ela". (p. 240). Cf. nota 17 dêste capítulo. Quanto à atuação dos grupos autônomos, componentes da sociedade política, na criação do direito — e conseqüentemente a pluralidade de ordenamentos jurídicos — ver o que foi dito a respeito no capítulo II.

(21). A afirmação contida na letra "b" corresponde às tendências do direito constitucional depois da primeira guerra mundial (ver, entre outros, MIRKINE-GUETZÉVITCH, *As novas tendências do direito constitucional*, tradução de Cândido Motta Filho, Companhia Editôra Nacional.). Antes a matéria constitucional restringia-se geralmente à organização dos podêres públicos e à declaração de direitos, como limites à ação do poder. Basta comparar a Constituição brasileira de 1891 com as de 1934 e seguintes.

(22). A Constituição política por vêzes consagra certos princípios particularmente importantes, mesmo do direito privado, para lhes dar mais fôrça na sistemática da ordem jurídica positiva.

INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

Preferiu o autor citar, ao correr do presente trabalho, as principais obras consultadas, em vez de apresentar extensa e exaustiva bibliografia. Numerosíssimos livros sôbre a variada matéria, focalizada nos seis capítulos desta monografia, dificultam a elaboração de uma bibliografia sem omissões, além do que seria preciso mencionar muitas obras indiretamente relacionadas com os assuntos versados, quer no campo jurídico, quer no da filosofia da história.

Às citações feitas nas notas numeradas em cada capítulo, acrescentem-se as seguintes:

1). HISTORICIDADE HUMANA E DO DIREITO — Frisa estupendamente o verdadeiro sentido da historicidade humana JORGE SILES SALINAS, em *Ante la Historia (Conciencia histórica y revolución)*, Editôra Nacional, Madrid, 1969, que ao autor destas páginas só foi dado consultar depois de já concluído o seu trabalho. É o grande tema de Dilthey e de Ortega y Gasset. Entre muitos que têm aprofundado o assunto, ver KARL JASPERS, *Von Ursprung und Ziel der Geschichte*, R Piper & Co. Verlag, Munich, 1949; NICOLAS BERDIAEFF, *Le sens de l'histoire*, Aubier, Paris; e ANTONIO MILLAN PUELLES, *Ontologia de la existencia histórica*, 2.ª ed., Rialp, Madrid, 1955. Cumpre realçar as contribuições de JEAN MADIRAN e outros em *Le sens chrétien de l'histoire (Actes du Congrès de Lausanne*, IV, 1968).

2). ILUMINISMO — Além dos livros clássicos de Menéndez y Pelayo, Ernst Cassirer e Paul Hazard sôbre as idéias do século XVIII — junto aos quais, no plano da história política, não se pode deixar de ter presentes Taine, Albert Sorel, Augustin Cochin e Bernard Fay — ver a grande obra de JEAN SARRAILH, *L'Espagne éclairée de la seconde moitié du XVIIIe. siècle* (Paris, 1954) e a esclarecedora monografia de R. LEROUX, *Théorie du despotisme éclairé chez Karl Theodor Darlberg* (Paris, 1932). Mais especialmente no concernente às idéias políticas: LUIS SANCHEZ AGESTA, *El pensamiento político del despotismo ilustrado*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953. Com afirmações bastante discutíveis, mas uma profusão de dados históri-

cos interessantes: DANIEL MORNET, *Les origines intellectuelles de la Révolution Française* (1715-1787), Librairie Armand Colin. E de B. MAGNINO, *Illuminismo e Cristianesimo*, Ed. Morcelliana, Brescia.

3). ROMANTISMO E HISTORICISMO — São bem conhecidos os livros de CARL SCHMITT *Romantisme politique* (tradução francesa em edição de Desclée De Brouwer et Cie., Paris) e de JULIEN BONNECASE, *Science du droit et romantisme* (Recueil Sirey, Paris). *Storicismo e diritto privato* é o tema do segundo volume da notável *Filosofia del diritto privato* de G. SOLARI, várias vêzes citada (cf. Cap. III, nota 8). Ainda de B. MAGNINO, *Romanticismo e Cristianesimo*, Ed. Morcelliana, Brescia. De mais recente publicação: G. LUMIA, *Il diritto tra le due culture*, Dott. A. Giuffrè, Milão, 1966 (especialmente os dois capítulos da primeira parte). E finalmente ERIK WOLF, *Die Grossdenker der rechten Geistesgeschichte*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen. Entre nós o assunto tem sido bastante estudado, dando-nos uma síntese da escola histórica o Prof. ALEXANDRE CORREIA em sua tese *A concepção histórica do direito*.

4). O CONCRETO E O ABSTRATO NO DIREITO — De KARL ENGISH, além do livro citado na nota 4 do Cap. I — no qual trata especialmente do assunto — ver também a *Introdução ao Pensamento Jurídico* (tradução de J. Baptista Machado, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2.ª ed. 1968). De A. ROUAST, *L'abstrait et le concret dans le droit*, no n.º 9 de *Cahiers de la Nouvelle Jounée*, Paris, 1927 .

5). DIREITO CONSTITUCIONAL — Sôbre o tema do Capítulo V, ver os diversos estudos de GERHARDT LEIBHOLZ reunidos, em tradução espanhola, no volume *Conceptos fundamentales de la Política y de Teoria de la Constitución*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964. Quanto à elaboração legislativa (Capítulo VI): KARL LOEWENSTEIN, *Political power and the governmental process*, 3.ª ed., Chicago, 1965; GEORGES LANGROD, *O processo legislativo na Europa ocidental* e HARVEY WALKER, *O Congresso americano e o Parlamento britânico*, êstes dois últimos traduzidos e publicados sob o patrocínio do Instituto de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1954.

ÍNDICE